

Estudios		
	Las medidas de autotutela frente a amenazas cibernéticas en derecho internacional: Especial referencia a la posible adopción de contramedidas colectivas <i>Self-help measures against cyber threats in international law: Special reference to the possible adoption of collective countermeasures</i> JUAN JORGE PIERNAS LÓPEZ	10
	Derechos de los adultos vulnerables en situación transfronteriza: Orden público y adaptación <i>Rights of vulnerable adults in cross-border situations: Public policy and adaptation</i> SALOMÉ ADROHER BIOSCA	36
	Reutilización de productos textiles vs. infracción de un derecho de marca. Estrategias materiales y de litigación transfronteriza <i>Upcycling of textile products vs trademark right infringement. Material and cross-border litigation strategies</i> ISABEL ANTÓN JUÁREZ	46
	The limitations of Private International Law regarding the protection of unaccompanied migrant children in the European Union <i>As limitações do Direito internacional privado no tocante à proteção das crianças migrantes desacompanhadas na União Europeia</i> ALINE BELTRAME DE MOURA - CARLA LERIN	95
	En busca de un marco legal para los activos digitales: Los principios Unidroit sobre activos digitales y derecho privado <i>Toward a legal framework for digital assets: Unidroit principles on digital assets and private law</i> MISERICORDIA CAVALLER VERGÉS	113
	El repudio en los Códigos de familia de Túnez, Marruecos, Argelia, Emiratos Árabes Unidos y Jordania <i>The Repudiation in the Family Law of Tunisia, Morocco, Algeria, the United Arab Emirates and Jordan</i> MARÍA DOLORES CERVILLA GARZÓN	131

A vueltas con los requisitos de conexidad para el fuero de pluralidad de demandados del Sistema Bruselas: Codemandados vinculados mediante contrato de distribución en exclusiva en infracción de derechos de propiedad industrial unitarios, en especial la marca europea <i>The connection requirements in the forum of multiple defendants under the Brussels System: Co-defendants linked by an exclusive distribution contract in infringement of a European industrial property rights, particularly the European Union trade mark</i> CLARA ISABEL CORDERO ÁLVAREZ	153
Os Appri's e o novo modelo regulatório do Brasil: Novidades e desafios da cláusula de solução de controvérsias nos Acfi's <i>Appri's and Brazil's new regulatory model: New features and challenges of the dispute settlement clause in ACFI's</i> DÁVILA TERESA DE GALIZA FERNANDES LUPPI	174
Cyberspace and women's human rights in the international legal order: Transnational risks and gender-based violence <i>El ciberespacio y los derechos humanos de las mujeres en el ordenamiento jurídico internacional: Riesgos transnacionales y violencia de género</i> DOROTHY ESTRADA TANCK	192
Un paso más para la eficacia internacional de la venta forzosa de buques <i>A further step towards the international effectiveness of the judicial sale of ships</i> JULIO CARLOS FUENTES GÓMEZ	208
Derecho de la competencia de la UE y mercado interior de la energía <i>EU competition law and internal energy market</i> EMILIANO GARCÍA COSO	226
La relación de los taxis-VTC y los conceptos autónomos del Derecho Europeo <i>The VTC-taxi relationship and the autonomous concepts of European Law</i> NATIVIDAD GOÑI URRIZA	251
Las consecuencias laborales del Brexit para la gente de mar <i>The employment consequences of Brexit for seafarers</i> MARÍA GORROCHATEGUI POLO	274
La protección de los derechos digitales: Una cuestión identitaria europea <i>The protection of digital rights: A European identity issue</i> ANTONIO LAZARI	295
Inmuebles virtuales y perspectivas innovadoras de resolución de conflictos en el metaverso <i>Virtual real estate and innovative conflict resolution perspectives in the metaverse</i> ANA MERCEDES LÓPEZ RODRÍGUEZ	319
Alcance constitucional y europeo de la doble imposición <i>Constitutional and European scope of double taxation</i> CARLOS MARÍA LÓPEZ ESPADAFOR	344
Reconocimiento en la Unión Europea de la filiación de hijos de parejas del mismo sexo <i>Recognition in the European Union of the filiation of children of same-sex couples</i> ISABEL LORENTE MARTÍNEZ	386
Marriages across borders within the European Union: Private international law vs. Mutual recognition perspectives <i>Matrimonios transfronterizos en la Unión Europea: Derecho internacional privado y reconocimiento mutuo</i> SILVIA MARINO - JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ	403

Declaraciones ambientales, competencia desleal y patrones en la jurisprudencia comparada: A propósito del blanqueo ecológico o greenwashing <i>Environmental claims, unfair competition and patterns in comparative jurisprudence: On the greenwashing practices</i> ANA MIRANDA ANGUIITA	423
El tratamiento jurídico de los objetivos ESG y la modificación del deber de diligencia en la propuesta de Directiva sobre diligencia debida <i>The legal treatment of ESG objectives and the modification of the duty of diligence in the proposed Directive on due diligence</i> JORGE MOYA BALLESTER	460
¿Y a la tercera va la vencida?... El nuevo marco transatlántico de privacidad de datos UE-EE.UU. <i>And the third time is a win?... The new EU-US transatlantic data privacy framework</i> ALFONSO ORTEGA GIMÉNEZ	483
El pago anticipado en las obligaciones dinerarias sometidas a plazo en Colombia. Un análisis a partir de los instrumentos internacionales de derecho contractual <i>Advance payment in monetary term obligations in Colombia. An analysis based on international contract law instruments</i> JORGE OVIEDO ALBÁN - WILLIAM DAVID HERNÁNDEZ MARTÍNEZ	514
Factor jurisprudencial y evoluciones en la reglamentación sobre insolvencia transfronteriza de la Unión Europea <i>Case-law compound and evolutions within the European Union cross-border insolvency regulation</i> ENRIQUE MANUEL PUERTA DOMÍNGUEZ	533
Elaboración, por los colegios de abogados, de criterios orientativos para determinar los honorarios de los profesionales: Práctica calificada de anticompetitiva <i>Development by bar associations of guidelines for determining professional fees: Practice described as anti-competitive</i> JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO	564
Bitcoin vs CBDC: Última llamada para la libertad <i>Bitcoin vs CBDC: Last call for freedom</i> CAYETANA SANTAOLALLA MONTOYA	578
La digitalizzazione della cooperazione giudiziaria in materia civile e commerciale nell'Unione europea: L'assunzione transfrontaliera delle prove nel prisma della piattaforma informatica decentrata e-CODEX <i>Digitalisation of judicial cooperation in civil and commercial matters within the European Union: Cross-border taking of evidence through the prism of decentralised IT platform e-CODEX</i> STEFANO SIGNORIN	603
Irreconcilable judgments in the EU Regulations: Reforming the ground(s) for refusal of enforcement <i>Decisiones irreconcilables en los reglamentos UE: Reforma de los motivos de denegación de la ejecución</i> MARTINA TIČIĆ	621
La trata de seres humanos con fines de explotación sexual en el marco del derecho de asilo europeo y español <i>Human Trafficking for Sexual Exploitation in the Context of European and Spanish Asylum Law</i> NATALIA ELIZABETH VIGANO MARTÍNEZ	641

Varia	<p>Nuevo hito en el caso <i>Prestige</i>: Nota sobre la sentencia de la <i>high court of justice (commercial court)</i> de 6 de octubre de 2023 en el litigio entre el <i>london steam-ship owners' mutual insurance association limited</i> y el reino de España <i>New milestone in the Prestige case: note on the ruling of the High Court of Justice (commercial Court) of October 6, 2023 in the litigation between the London Steam-ship Owners' Mutual Insurance Association Limited and the Kingdom of Spain</i> MANUEL ALBA FERNÁNDEZ</p>	656
	<p>Limiti della giurisdizione italiana rispetto ad azioni relative ad un disegno internazionale: Nota all'ordinanza n. 13504/2023 della Corte di Cassazione italiana <i>Limits of Italian jurisdiction in respect of actions concerning an internationally registered design: Note to ordinance no. 13504/2023 of the Italian Court of Cassation</i> CATERINA BENINI</p>	671
	<p>Bibliografía de Derecho internacional privado (2023) <i>Private International Law Bibliography (2023)</i> ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA - JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ</p>	684
	<p>El cambio retroactivo de la ley aplicable en los reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104 <i>The retroactive change of the applicable law in EU regulations 2016/1103 and 2016/1104</i> ISIDORO ANTONIO CALVO VIDAL</p>	750
	<p>Competencia para la modificación del régimen de visitas y estancias. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (sala Novena) de 27 abril 2023, asunto C 372/22 <i>Jurisdiction for the modification of a decision on access rights. Purpose to the CJEU (Ninth Chamber) Judgement of 27 April 2023, Case C 372/22</i> LUIS F. CARRILLO POZO</p>	764
	<p>De cómo la ciudadanía europea va perfilando el Derecho de Nacionalidad de los Estados miembros de la Unión. A propósito de la STJUE de 5 de septiembre de 2023, asunto C-689/21, X <i>About how European citizenship is shaping the Nationality Law of the Member States of the Union. Regarding the CJEU of 5 September 2023, Case C-689/21, X</i> ANTONIA DURÁN AYAGO</p>	775
	<p>Circolazione delle sentenze all'interno dell'Unione europea e ordine pubblico: Una recente pronuncia della Cassazione italiana <i>Circulation of Judgments in the EU and Public Policy: A Recent Decision of the Italian Supreme Court</i> CURZIO FOSSATI</p>	782
	<p>La odisea judicial entre London Steam-Ship Owners-Mutual Insurance Association Limited y el Reino de España: Una aventura legal que está lejos de concluir <i>The legal odyssey between London Steam-Ship Owners-Mutual Insurance Association Limited and the Kingdom of Spain: A legal adventure far from conclusion</i> ORIANA GÓMEZ FASANELLA - ENRIQUE DE ESPAÑA VALENZUELA</p>	798
	<p>Incoación expropiatoria del palacio de los Álava-Esquivel desde el Derecho español y el Derecho internacional <i>Expropriation initiation of the Alava-Esquivel Palace from Spanish Law and International Law</i> HEGOA IBAZETA VILLA</p>	806
	<p>Irreconcilability and the Role of the CJEU post-Brexit <i>La irreconciliabilidad y el papel del TJUE tras el Brexit</i> FREDERIK GRAF LAMBSORFF - YAQI MA</p>	844

<p>¿Tienen competencia (internacional e interna) los tribunales españoles para modificar una decisión de alimentos en los supuestos transfronterizos? <i>Do the Spanish courts have jurisdiction (international and domestic) to modify a maintenance decision in cross-border cases?</i> NURIA MARCHAL ESCALONA</p>	860
<p>Elección tácita de ley aplicable contraria a pacto expreso previo en el contrato - A propósito de la SAP de Barcelona 756/2023 de 19 de mayo de 2023 <i>Implied choice of law agreement in international contracts against a previous express agreement - Regarding the Provincial Court of Barcelona (SAP Barcelona) resolution 756/2023 of 19th of May 2023</i> XABIER ORBEGOZO MIGUEL</p>	868
<p>La acción de reembolso ejercitada por una aseguradora se rige por la ley del lugar donde se ha producido el daño (comentario a la STJUE de 17 de mayo de 2023) <i>The reimbursement action brought by an insurer is governed by the law of the place where the damage occurred (commentary on the ECJ judgement of May 12.2023)</i> ALFONSO ORTEGA GIMÉNEZ</p>	877
<p><i>Civil meanings of child abduction. Analysis of a real case with two parties: Spain (European Union) and Russia Federation</i> Aspectos civiles de la sustracción de menores. Análisis de un caso real entre dos partes: España (Unión Europea) y la Federación Rusa EUGENIO PIZARRO MORENO</p>	886
<p>Litigios sobre difamación por internet. Comentarios a la SAP Madrid 10 febrero 2023: Competencia y Ley aplicable ¿vale el silencio más que mil palabras? <i>Internet defamation litigation. Comments on the SAP Madrid 10 February 2023: Jurisdiction and applicable Law, is silence worth a thousand words?</i> SILVIA RECUENCO PÉREZ</p>	900
<p>Errores y aciertos en la aplicación de la ley reguladora de la constitución de la adopción internacional de mayores de edad ante las autoridades españolas <i>Errors and successful in the application of the law regulating the constitution of the international adoption of elderly before the spanish authorities</i> MARÍA JESÚS SÁNCHEZ CANO</p>	916
<p>O Conceito de Rapto Internacional de Crianças. Comentário à decisão da Audiência Provincial de Valencia de 8 de maio de 2023 [ECLI:ES:APV:2023:1178] <i>The Notion of International Child Abduction. Commentary to the decision the Provincial Hearing of Valencia, of May 8, 2023 [ECLI:ES:APV:2023:1178]</i> ANABELA SUSANA DE SOUSA GONÇALVES</p>	924
<p>Denegación de exequátur por tribunal francés de una sentencia extranjera dictada por juez no competente: El caso «Nemagón» de Nicaragua <i>Refusal of exequatur by a French court of a foreign judgment rendered by a non-competent judge: The «Nemagon» case of Nicaragua</i> WILLIAM TORREZ PERALTA</p>	930
<p>La falta de alegación y prueba del Derecho extranjero aplicable. A propósito de la sentencia 183/2023 de la Audiencia Provincial de A Coruña (sección 3ª), de 24 de mayo <i>The lack of allegation and proof of applicable foreign Law. Comments on the judicial decision 183/2023 of the Provincial Court of A Coruña (3rd section), issued on May 24, 2023</i> DRA. SILVIA VILAR GONZÁLEZ</p>	954

Bienes culturales e “ <i>interest analysis</i> ”: Una victoria para España ante los tribunales de California (<i>Cassirer v Thyssen-Bornemisza Collection Fund</i>) <i>Cultural property and “interest analysis”: A victory for Spain before the California courts (Cassirer v Thyssen-Bornemisza Collection Fund)</i>	962
NICOLÁS ZAMBRANA TÉVAR	

Recensiones

J.M. BENEYTO y C. JIMÉNEZ PIERNAS (Dir.). <i>Concepto y fuentes del Derecho internacional</i> J.M. BENEYTO y C. JIMÉNEZ PIERNAS (Dir.) y S. GALIMBERTI DÍAZ-FAES (Coord.). <i>Derecho de los tratados</i>	974
Alfonso-Luis Calvo Caravaca	
M.A. CEBRIÁN SALVAT. <i>La notificación internacional en materia civil y mercantil en la Unión Europea</i>	982
Alfonso-Luis Calvo Caravaca	
I. DEL GUAYO CASTIELLA. <i>Régimen jurídico de los gasoductos e hidroductos internacionales en la Unión Europea y en España</i>	984
Alfonso-Luis Calvo Caravaca	
I. LORENTE MARTINEZ. <i>Daños punitivos y Derecho internacional privado</i>	986
Alfonso-Luis Calvo Caravaca	
N. GOÑI URRIZA. <i>La libre circulación de servicios en la Unión Europea: El régimen de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios y su aplicación por los tribunales españoles</i>	988
Alfonso-Luis Calvo Caravaca	
J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. <i>Reflexiones creativas, heterodoxas, críticas y divertidas sobre cuestiones de Derecho internacional privado</i>	990
Alfonso-Luis Calvo Caravaca	
M. GÓMEZ JENE. <i>Arbitraje comercial internacional</i>	992
Alfonso-Luis Calvo Caravaca	
E. CASTELLANOS RUIZ (Dir.) / M. ^a J. CASTELLANOS RUIZ (Coord.). <i>Comentario al nuevo Reglamento (UE) Bruselas II ter 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</i>	995
María Victoria Cuartero Rubio	
I. ANTÓN JUÁREZ (directora). <i>Cuestiones actuales del Derecho de la moda.</i>	1001
Ángel García Vidal	
A. DURÁN AYAGO. <i>Derechos humanos y método de reconocimiento de situaciones jurídicas: Hacia la libre circulación de personas y familias. Perspectiva internacional y europea</i>	1005
Aurora Hernández Rodríguez	
A. ORTEGA GIMÉNEZ. <i>Smart contracts and private international law.</i> Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra). 2022, pp. 80.	1008
Pablo M. Melgarejo Cordón	
PEDRO A. DE MIGUEL ASENSIO. <i>Manual de Derecho de las Nuevas Tecnologías. Derecho digital.</i>	1010
José Ignacio Paredes Pérez	

I. ZURITA MARTÍN y M.D. CERVILLA GARZÓN (Dir.). <i>Identidad islámica y orden público en una sociedad inclusiva.</i> Andrés Rodríguez Benot	1013
RUIZ SUTIL, CARMEN. <i>Las violencias de género en entornos transfronterizos. Interconexión de las perspectivas de extranjería, asilo y del derecho internacional privado.</i> Juliana Rodríguez Rodrigo	1015
JORQUI AZOFRA, MARÍA. <i>Responsabilidad por los daños causados por productos y sistemas de inteligencia artificial.</i> Juliana Rodríguez Rodrigo	1017
ROMERO MATUTE, YERAY. <i>El arbitraje internacional deportivo. La acción de nulidad, el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales del CAS/TAS. A</i> Juliana Rodríguez Rodrigo	1020
A. DI STASI/ RAFFAELE CADIN/ANNA IERMANO/VALENTINA ZAMBRANO. <i>Migrant women and gender-based violence in the international and European legal framework/donne migranti e violenza di genere nel contesto giuridico internazionale ed europeo.</i> Claudio Zanghì	1022

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
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 Católica del Sacro Cuore
ESTELLE GALLANT, Université Toulouse 1 Capitole
FRANCISCO J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Universidad Autónoma de Madrid
HELÈNE GAUDEMET-TALLON, Universidad Paris II-Panthéon-Assas
JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO, registrador de la propiedad
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 MANSER, 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, Universidad de Santiago de Compostela
GIAN PAOLO ROMANO, Université de Genève
TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO, Universidad Carlos III de Madrid
LUKAS RADEMACHER, Universidad de Kiel
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

Las medidas de autotutela frente a amenazas cibernéticas en derecho internacional: Especial referencia a la posible adopción de contramedidas colectivas

Self-help measures against cyber threats in international law: Special reference to the possible adoption of collective countermeasures

JUAN JORGE PIERNAS LÓPEZ*

Profesor Titular de Derecho internacional público y Relaciones internacionales en la Universidad de Murcia

Titular de una Cátedra Jean Monnet de la Comisión Europea (TEULP)

Recibido: 14.12.2023 / Aceptado: 15.01.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8412

Resumen: Este artículo analiza las medidas que pueden adoptar legítimamente los sujetos de Derecho internacional para responder ante actividades cibernéticas maliciosas. En particular, el artículo analiza las principales medidas de autotutela previstas por el Derecho internacional, a saber, la retorsión, las contramedidas y la legítima defensa en respuesta a ciberataques. Con este fin, se estudia en primer lugar el estado de la cuestión relativo a la retorsión en este ámbito. En segundo lugar, se aborda la cuestión de las contramedidas, con especial referencia a la posibilidad de adoptar contramedidas colectivas a la luz de posicionamientos recientes de Estados y de algunas instituciones y órganos de la Unión Europea. En tercer lugar, se estudia la posibilidad de actuar en legítima defensa en respuesta a un ciberataque. Finalmente se incluyen una serie de consideraciones a modo de conclusión.

Palabras clave: Autotutela, ciberespacio, Derecho internacional, retorsión, contramedidas, legítima defensa.

Abstract: This article analyses the measures that subjects of international law can legitimately take to respond to malicious cyber activities. In particular, the article examines the main measures of self-help provided for by International law, namely retorsion, countermeasures and self-defence in response to cyber-attacks. To this end, the article first studies the question of retorsion in this area. Secondly, the issue of countermeasures is analysed, with particular reference to the possibility of adopting collective countermeasures in the light of recent positions adopted by States and certain institutions and bodies of the European Union. Thirdly, the possibility of acting in self-defence in response to a cyber-attack is examined. Finally, a number of concluding remarks are included.

Keywords: Self-help, cyberspace, International law, retaliation, countermeasures, self-defence.

* Profesor Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales y titular de la Cátedra Jean Monnet (TEULP), Universidad de Murcia (España). Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación titulado *La búsqueda de una regulación internacional para las actividades cibernéticas: ¿una ineludible necesidad? (CYBINREG)*, ayudas a proyectos de I+D+i en el marco de los Programas estatales de generación de conocimiento y fortalecimiento científico y tecnológico del sistema de I+D+i orientada a los retos de la Sociedad (convocatoria 2020), Ref PID 2020 112577 RB-I00. El autor es IP2 del proyecto. Este artículo es fruto de la investigación realizada por el solicitante en la Universidad de Harvard en el marco de la estancia (21725/EE/22), financiada por la Fundación Séneca-Agencia de Ciencia y Tecnología de la Región de Murcia dentro del Programa Regional de Movilidad, Colaboración e Intercambio de Conocimientos “Jiménez de la Espada”.

Sumario: I. Introducción. II. Las medidas de retorsión frente a ciberataques. III. Las contramedidas. Especial referencia a las contramedidas colectivas. IV. La legítima defensa en respuesta a ciberamenazas. V. Conclusiones.

I. Introducción

1. El 7 de diciembre de 2023, el Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, realizó una declaración en nombre de la Unión Europea sobre la protección de los procesos democráticos contra las actividades cibernéticas malintencionadas. La declaración condenaba firmemente las actividades cibernéticas malintencionadas dirigidas contra las instituciones democráticas y los procesos electorales, y mostraba su solidaridad con el Reino Unido, que ese mismo día había acusado al Servicio de Seguridad ruso, el FSB, de una campaña sostenida de ciberhacking dirigida a políticos y otros cargos públicos. La Unión Europea y sus Estados miembros, concluía la declaración, se muestran dispuestos a emprender cualquier acción necesaria de ciberdiplomacia, incluidas sanciones, para prevenir y responder a ciberataques inaceptables.¹

2. La declaración es reveladora del contexto actual, en el que los ciberataques representan una creciente amenaza para la seguridad global, así como para los procesos electorales democráticos en todo el mundo. En la reunión de Davos celebrada a inicio de 2023 se presentó un informe del World Economic Forum que afirma que más del 93% de los expertos en ciberseguridad y el 86% de los líderes empresariales creen que “es probable que se produzca un acontecimiento cibernético catastrófico de gran alcance en los próximos dos años”.² La situación previsiblemente se agravará con la creciente conexión de dispositivos a Internet a través del denominado Internet of Things (IoT), que prevé la conexión de más de 41 mil millones de dispositivos IoT para 2025.³ Además, la situación de la Unión Europea es particularmente complicada, habida cuenta de que es un importador neto de productos y servicios de ciberseguridad, y depende en gran medida de proveedores no europeos,⁴ lo que aumenta el riesgo de dependencia tecnológica y vulnerabilidad.

3. Los ciberataques han aumentado significativamente durante la reciente pandemia, habiendo sido dirigidos recientemente contra infraestructuras críticas, centros sanitarios, o instalaciones energéticas, como los ciberataques a gran escala que afectaron en Bélgica a la empresa de telecomunicaciones Belnet y al Departamento de Asuntos Internos responsable de la política de inmigración y el orden público en 2021, o el ciberataque contra Ucrania que precedió a la agresión rusa de febrero de 2022.⁵ Cabe recordar también en este contexto las palabras del expresidente Juncker de la Comisión Europea en su discurso sobre el estado de la Unión de 2017: “Los ciberataques pueden ser más peligrosos para la estabilidad de las democracias y las economías que las armas y los tanques”⁶.

¹ La declaración institucional puede consultarse (en inglés) en el siguiente enlace: https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2023/12/07/cyber-statement-by-the-high-representative-on-behalf-of-the-european-union-on-the-protection-of-democratic-processes-against-malicious-cyber-activities/?utm_source=dsms-auto&utm_medium=email&utm_campaign=Cyber:+Statement+by+the+High+Representative+on+behalf+of+the+European+Union+on+the+protection+of+democratic+processes+against+malicious+cyber+activities

² Véase la noticia relativa a la publicación del informe, disponible en <https://www.weforum.org/press/2023/01/geopolitical-instability-raises-threat-of-catastrophic-cyberattack-in-next-two-years/> (traducción del autor).

³ Véase a este respecto la información publicada por la Comisión Europea, disponible en el siguiente enlace: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/policies/internet-things-policy>

⁴ Véase sobre este punto la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen el Centro Europeo de Competencia Industrial, Tecnológica y de Investigación en Ciberseguridad y la Red de Centros Nacionales de Coordinación, Bruselas, 12.9.2018 COM(2018) 630 final 2018/0328 (COD), p. 1.

⁵ Véase sobre estos ciberataques, entre otros, Y. MIADZVETSKAYA, AND R.A. WESSEL, “The Externalisation of the EU’s Cybersecurity Regime: The Cyber Diplomacy Toolbox”, *European Papers*, Vol. 7, 2021, No 1, pp. 413-438, p. 413.

⁶ Discurso sobre el Estado de la Unión de 2017, disponible en el siguiente enlace: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/SPEECH_17_3165

4. Los ciberataques también se dirigen contra las instituciones europeas, y en respuesta a este fenómeno creciente, la Comisión presentó en marzo de 2022 una propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de ciberseguridad en las instituciones, los órganos y los organismos de la Unión, basada en el artículo 298 TFUE, relativo a la administración europea “abierta, eficaz e independiente”. El Reglamento prevé, entre otras medidas, la creación de Consejo Interinstitucional de Ciberseguridad. En relación con esta propuesta, el pasado 21 de noviembre de 2023, el Parlamento aprobó en primera lectura la misma, tras haber alcanzado un acuerdo con el Consejo en junio del mismo año.⁷ Por otro lado, la implicación de agentes estatales, como Rusia, China y Corea del Norte, en actividades cibernéticas maliciosas, como ha señalado respecto de Rusia el Reino Unido en su declaración de 7 de diciembre de 2023, aumenta significativamente la gravedad de la situación.⁸

5. En este marco, el artículo analiza qué medidas pueden adoptar legítimamente los sujetos de Derecho internacional para responder, como señalaba la declaración del Alto Representante, a los ciberataques de los que cada vez con más frecuencia son víctimas. En particular, el artículo analiza las principales medidas de autotutela previstas por el Derecho internacional, a saber, la retorsión, las contramedidas y la legítima defensa en respuesta a ciberataques. Con este fin, se estudia en primer lugar el estado de la cuestión relativo a la retorsión en este ámbito. En segundo lugar, se aborda la cuestión de las contramedidas, con especial referencia a la posibilidad de adoptar contramedidas colectivas a la luz de posicionamientos recientes de Estados y de algunas instituciones y órganos de la Unión Europea. En tercer lugar, se estudia la posibilidad de actuar en legítima defensa en respuesta a un ciberataque. Finalmente se incluyen una serie de consideraciones a modo de conclusión.

II. Las medidas de retorsión frente a ciberataques

6. La figura de la retorsión en Derecho internacional consiste en la adopción por un Estado u organización internacional de un acto inamistoso y perjudicial pero no ilícito contra otro Estado, como respuesta contra las actividades lesivas de ese Estado. Las medidas de retorsión no suponen por tanto la violación de ninguna obligación de Derecho internacional.

7. Como ha señalado la Comisión de Derecho Internacional, “Los actos de retorsión pueden incluir la prohibición o limitación de las relaciones diplomáticas normales u otros contactos, embargos de diversos tipos o retirada de los programas voluntarios de ayuda. Cualquiera que sea su motivación, en cuanto que esos actos no son incompatibles con las obligaciones internacionales de los Estados que toman esas medidas contra el Estado al que se dirigen, no son contramedidas y quedan fuera del ámbito de aplicación de los presentes artículos”⁹.

8. En palabras de Shaw, la represión es un método legítimo de mostrar el descontento de un modo que perjudique al otro Estado (u organización internacional) pero dentro de los límites de la legalidad.¹⁰ Este autor pone como ejemplo la ya derogada legislación estadounidense que exigía al Presidente de los Estados Unidos suspender la ayuda exterior a cualquier país que nacionalizara bienes estadounidenses sin compensación adecuada, aplicada en 1963 contra Ceilán (actual Sri Lanka).¹¹

⁷ Véase la noticia sobre el acuerdo alcanzado por los colegisladores de la Unión en el siguiente enlace: <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2023/06/26/cybersecurity-at-the-eu-institutions-bodies-offices-and-agencies-council-and-parliament-reach-provisional-agreement/>

⁸ La declaración del Reino Unido puede consultarse en el siguiente enlace: <https://www.gov.uk/government/news/uk-exposes-attempted-russian-cyber-interference-in-politics-and-democratic-processes>

⁹ Documento A/56/10.–Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 53.º período de sesiones cit., p. 137.

¹⁰ M.S. SHAW, *International Law*, Oxford University Press (sixth edition), p. 1128.

¹¹ Id., p. 1129.

9. Las medidas de retorsión pueden tener también carácter cibernético. Como señala el comentario número 4 de la regla 20 del Manual de Tallin 2.0, un Estado puede emplear una lista de control de acceso para impedir las comunicaciones de otro Estado porque el primero goza de soberanía sobre la infraestructura cibernética en su territorio. La acción sería lícita incluso si fuera perjudicial para los intereses de este último, siempre que no viole ninguna obligación de tratado o norma de derecho consuetudinario aplicable.¹²

10. En los últimos años, numerosos Estados han avalado oficialmente la posibilidad de adoptar medidas de retorsión en respuesta a ciberataques con arreglo a Derecho internacional. Del análisis de estos documentos se desprenden algunas características relevantes de las medidas de retorsión en el ámbito cibernético, entre otras:

- Algunos Estados consideran que las medidas de retorsión se pueden adoptar en respuesta a operaciones cibernéticas ilícitas, o simplemente hostiles. Es decir, no se requiere que el acto previo por el que se responde vulnere una obligación de Derecho internacional.¹³
- Otros Estados, por ejemplo Alemania, parecen subordinar la adopción de medidas de retorsión frente a operaciones cibernéticas ilícitas a la indisponibilidad por razones jurídicas o políticas. Además, Alemania considera que las medidas de retorsión pueden adoptarse como reacción a una operación cibernética ilícita en combinación con otros tipos de respuesta, como las contramedidas.¹⁴
- Entre los ejemplos de medidas de retorsión aportados por los Estados, junto a los ya mencionados de interrumpir relaciones diplomáticas, cabe destacar los siguientes: (a) un Estado puede limitar o cortar el acceso de un Estado a los servidores u otras infraestructuras digitales de su territorio, siempre que los países en cuestión no hayan celebrado un tratado de acceso mutuo a las infraestructuras digitales de sus respectivos territorios;¹⁵ (b) declarar públicamente que otro Estado es responsable de una operación cibernética,¹⁶ (c) abstenerse de firmar un acuerdo comercial que beneficiaría a ambas partes,¹⁷ (d) exclusión de agrupaciones internacionales (cabe suponer en este sentido de grupos como el G8 o el G20 por ejemplo).¹⁸

¹² M.N. SCHMITT, (editor general), *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*, Cambridge University Press, 2017, p. 112: “The fact that countermeasures involve acts that would otherwise be unlawful also distinguishes them from retorsion. Retorsion refers to the taking of measures that are lawful, albeit ‘unfriendly’. A State may, for instance, employ an access control list to prevent communications from another State because the former enjoys sovereignty over the cyber infrastructure on its territory (Rule 2). The action would be lawful even if detrimental to the interests of the latter so long as it violates no treaty obligation or applicable customary law norm”. Véase también en este sentido K. HÄRMÄ, y T. MINÁRIK, “European Union Equipping Itself against Cyber Attacks with the Help of Cyber Diplomacy Toolbox”, The NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence, Tallinn, 2017. Puede consultarse en el siguiente enlace: <https://ccdcoe.org/incyber-articles/european-union-equipping-itself-against-cyber-attacks-with-the-help-of-cyber-diplomacy-toolbox/>

¹³ Véase a este respecto la postura, entre otros de Costa Rica, Ministerio de Relaciones Exteriores de Costa Rica, “Costa Rica’s position on the application of International law in cyberspace” (21 de julio de 2023), p. 5, apartado 16 (traducción del autor). Véase también, inter alia, la posición nacional publicada por el Ministerio de Asuntos Exteriores de Polonia, “The Republic of Poland’s position on the application of international law in cyberspace, Ministry of Foreign Affairs of Poland, 29 Diciembre 2022, p. 8, apartado 9: “Retorsion is a response of the state to actions contrary to its interest or hostile actions of another state. Measures taken as a retorsion may be in reaction to both legal and illegal actions of another subject of international law, but in itself they must be in compliance with international law”

¹⁴ Gobierno Federal de Alemania, ‘On the Application of International Law in Cyberspace’, Position Paper (March 2021), p. 13, apartado (1).

¹⁵ Gobierno del Reino de los Países Bajos, Appendix: International law in cyberspace, 26 Septiembre 2019, p. 7.

¹⁶ Posición nacional del Gobierno de Noruega, en ‘Official compendium of voluntary national contributions on the subject of how international law applies to the use of information and communications technologies by States, UNODA, A/76/136, Agosto 2021, p. 72, apartado 5.1: “Publicly declaring that another State is responsible for a cyber operation is in itself an act of retorsion”.

¹⁷ Departamento Federal de Asuntos Exteriores de Suiza, ‘Switzerland’s position paper on the application of international law in cyberspace’ (May 2021), p. 6, apartado 6.2.

¹⁸ Discurso de la Fiscal General del Reino Unido Suella Braverman: ‘International Law in Future Frontiers’, 19 Mayo 2022, disponible en el siguiente enlace: <https://www.gov.uk/government/speeches/international-law-in-future-frontiers>

- Las medidas de retorsión pueden ser adoptadas también de manera colectiva, a través de una organización internacional. Destaca a este respecto la claridad con la que la posición nacional de Estonia se refiere al régimen de sanciones cibernéticas y a las medidas de ciberdiplomacia de la Unión Europea.¹⁹ Esta postura corrobora la posición defendida por este autor en relación a la calificación como medidas de retorsión de las sanciones de la Unión Europea en respuesta a ciberataques, aunque desnaturalizando en parte la figura de la retorsión, habida cuenta de que no se dirigen contra sujetos de Derecho internacional, sino contra personas físicas.²⁰
- La adopción de sanciones ha sido también mencionada por otros Estados en sus posiciones nacionales.²¹ Conviene mencionar no obstante que las sanciones económicas, particularmente las que imponen congelaciones de activos a determinadas personas jurídicas residentes en Estados terceros, podrían vulnerar *prima facie* las obligaciones que numerosos Estados deben respetar con arreglo a los compromisos alcanzados en el marco de la Organización Mundial del Comercio (OMC). Sin embargo, las propias normas de la OMC prevén también excepciones por razones de seguridad nacional, en particular el artículo XXIII GATT.²²

11. Por último, como expondremos en más detalle a continuación, las medidas de retorsión presentan ciertas ventajas respecto del resto de medidas de autotutela. En particular, al tratarse de medidas lícitas, no están sujetas a los requisitos procesales y sustantivos de las contramedidas, especialmente en lo tocante a la observancia del principio de proporcionalidad y a la ausencia de obligación de notificar al Estado que ha llevado a cabo el acto hostil o ilícito con carácter previo a su adopción.

III. Las contramedidas. Especial referencia a las contramedidas colectivas

12. De conformidad con el artículo 22 del Proyecto de Artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, adoptado por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de 12 de diciembre de 2001 (en adelante también “el proyecto de artículos de la CDI”):²³ “La ilicitud del hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación internacional suya para con otro Estado queda excluida en el caso y en la medida en que ese hecho constituya una contramedida tomada contra ese otro Estado de acuerdo con lo dispuesto en el capítulo II de la tercera parte.” Con arreglo a la definición ofrecida por ALLAND, las contramedidas constituyen ‘*pacific unilateral reactions which are intrinsically unlawful, which are adopted by one or more States against another State, when*

¹⁹ Posición nacional del Gobierno de Estonia, en ‘Official compendium of voluntary national contributions on the subject of how international law applies to the use of information and communications technologies by States, UNODA, A/76/136’, Agosto 2021, p. 29: “One example of such a mechanism would be the European Union’s cyber sanctions regime and cyber diplomacy toolbox, which offer an array of measures that could be taken as a response to malicious cyber operations.”

²⁰ J.J. PIERNAS LÓPEZ, *Ciberdiplomacia y ciberdefensa en la Unión Europea*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 133-135. Véase también sobre la calificación de las sanciones de la UE en respuesta a ciberataques como medidas de retorsión P. PAWLAK, P. Y T. BIERSTEKER (eds.), *Guardian of the Galaxy, EU cyber sanctions and norms in cyberspace*, Chaillot Paper 155, cit., p. 43: “Due to their targeted nature, the measures applied as part of the EU sanctions regime are qualified as measures of retorsion (unfriendly but legal acts)”. Véase también en un sentido similar K. HÄRMÄ Y T. MINÁRIK, “European Union Equipping Itself against Cyber Attacks with the Help of Cyber Diplomacy Toolbox”, The NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence, Tallinn, 2017. Puede consultarse en el siguiente enlace: <https://ccdcoe.org/incyber-articles/european-union-equipping-itself-against-cyber-attacks-with-the-help-of-cyber-diplomacy-toolbox/>

²¹ Véanse en particular las posiciones nacionales de Noruega, Reino Unido y Estados Unidos de América en ‘Official compendium of voluntary national contributions on the subject of how international law applies to the use of information and communications technologies by States, cit.’, Agosto 2021, p. 72 (Noruega), ‘Discurso de la Fiscal General Suella Braverman: International Law in Future Frontiers, cit.’ (Reino Unido), y ‘Official compendium of voluntary national contributions on the subject of how international law applies to the use of information and communications technologies by States, UNODA, A/76/136’, Agosto 2021, p. 142 (Estados Unidos).

²² Véase a este respecto P. PAWLAK, Y T. BIERSTEKER (eds.), *Guardian of the Galaxy, EU cyber sanctions and norms in cyberspace*, Chaillot Paper 155, cit., p. 48.

²³ Proyecto de Artículos sobre responsabilidad del estado por hechos internacionalmente ilícitos, adoptado por la CDI en su 53º período de sesiones (A/56/10) y anexoado por la Asamblea General en su Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001.

the former consider that the latter has committed an internationally wrongful act which could justify such a reaction.”²⁴

13. Las contramedidas pueden, por tanto, ser adoptadas por los Estados y suponen una causa de exclusión de la ilicitud de su conducta, como confirma el artículo 49.1 del mismo proyecto de artículos de la CDI, siempre que el Estado que las lleva a cabo cumpla con sus requisitos sustantivos y procesales, que se desarrollan a continuación. Además, como ha señalado la doctrina, las contramedidas desencadenan la responsabilidad internacional del Estado contra el que se adoptan.²⁵

14. Como indica el Manual de Tallin 2.0, un Estado puede tener derecho a adoptar contramedidas, ya sean de naturaleza cibernética o no, en respuesta al incumplimiento de una obligación de derecho internacional que incumbe a otro Estado.²⁶ El G7 también subrayó la posibilidad de que los Estados adopten contramedidas cibernéticas.²⁷ No obstante, como subraya DELERUE, la práctica estatal indica que los Estados no parecen considerar los ciberataques como hechos internacionalmente ilícitos. Como resultado, hasta 2020 ningún Estado había tomado formalmente contramedidas contra otro Estado en respuesta a un ciberataque, lo que corrobora SEGURA SERRANO en 2023.²⁸

15. La regulación de las contramedidas por el Proyecto de artículos de la CDI representa un equilibrio entre posturas opuestas, y con válidos argumentos en ambas partes. Por un lado, tras la adopción de la Carta de Naciones Unidas y la creación de un sistema internacional que prohíbe el uso de la fuerza por los Estados, con la excepción de la legítima defensa, cabría argumentar que el sistema clásico de autotutela del Derecho internacional, y por tanto la adopción de contramedidas, ya no resulta apropiado. Por otro lado, la realidad es que el sistema creado por las Naciones Unidas es descentralizado y no establece un sistema de resolución inmediata y vinculante de todas las posibles diferencias entre sujetos de Derecho internacional. Se suele mencionar a este respecto que el tribunal arbitral creado en el caso del *Acuerdo sobre los servicios aéreos* entre Francia y Estados Unidos reafirmó la disponibilidad de las contramedidas en 1978, si bien recordando que están limitadas por las normas de la Carta sobre el uso de la fuerza, así como por el principio de proporcionalidad. Cabe destacar que el tribunal arbitral subrayó lo que puede parecer una obviedad, pero tiene efectos prácticos muy relevantes, a saber, que la determinación sobre si ha existido o no un ilícito previo corresponde al Estado que adopta las contramedidas (“in one State’s view):

If a situation arises which, in one State’s view, results in the violation of an international obligation by another State, the first State is entitled, within the limits set by the general rules of international law pertaining to the use of armed force, to affirm its rights through “counter-measures”.²⁹

²⁴ D. ALLAND, ‘The Definition of Countermeasures’ en J. CRAWFORD ET AL. (eds), *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, 2010, 1127, 1135.

²⁵ H. LESAFFRE, ‘Circumstances Precluding Wrongfulness in the ILC Articles on State Responsibility: Countermeasures’ en J. CRAWFORD ET AL. (eds), *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, 2010, 469, 469 y ss; A. SEGURA SERRANO, *El desafío de la ciberseguridad global*, Aranzadi, Cizur menor, 2023, p. 131.

²⁶ M. N. SCHMITT (editor general), *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*, Cambridge University Press, 2017, Regla 20, principio general, p. 112.”

²⁷ Declaración del G7 sobre el comportamiento responsable de los Estados en el ciberespacio Lucca, 11 de abril de 2017, p. 2.” Observamos que, en aras de la prevención de conflictos y la solución pacífica de controversias, el derecho internacional también proporciona un marco para las respuestas de los Estados a los actos ilícitos que no equivalen a un ataque armado - estos pueden incluir actividades cibernéticas maliciosas. Entre otras respuestas lícitas, un Estado víctima de un hecho internacionalmente ilícito puede, en determinadas circunstancias, recurrir a contramedidas proporcionadas, incluidas medidas llevadas a cabo a través de las TIC, contra el Estado responsable del hecho ilícito con el fin de hacer que el Estado responsable cumpla con sus obligaciones internacionales”.

²⁸ F. DELERUE, *Cyber operations and international law*, Cambridge University Press, 2020, p. 431: “Curiosamente, dado que [los Estados] no califican las operaciones cibernéticas en cuestión de actos internacionalmente ilícitos, también parecen adoptar únicamente respuestas que adoptan la forma de medidas legales, al menos públicamente. Estas respuestas adoptan, en particular, la forma de nuevas sanciones contra individuos o entidades relacionados con la perpetración de las operaciones cibernéticas, o la deportación de diplomáticos. Hasta la fecha, ningún Estado ha enmarcado públicamente su respuesta en el mecanismo jurídico internacional de las contramedidas ni ha invocado el derecho de legítima defensa en respuesta a las operaciones cibernéticas” (traducción del autor). A. SEGURA SERRANO, *El desafío de la ciberseguridad global*, Aranzadi, Cizur menor, 2023, p. 113.

²⁹ Laudo de 9 de diciembre de 1978, párr. 91

16. En relación con lo anterior, un autor crítico con las medidas de autotutela llegó a afirmar que la autoayuda se distingue en principio de la anarquía sólo en que quienes la emprenden pueden alegar que actúan para hacer valer un derecho.³⁰ En este marco, las contramedidas fueron finalmente aceptadas por el proyecto de la CDI en 2001, pero con estrictos límites dirigidos a evitar abusos por parte de los Estados más poderosos, incluyendo ciertas obligaciones internacionales que no se pueden ver afectadas por las contramedidas.

17. Los requisitos sustantivos de las contramedidas, que deben ser observados también en el ciberespacio, son los siguientes:

- (i) las contramedidas sólo se deben adoptar en respuesta a un hecho internacionalmente ilícito previo de otro Estado;
- (ii) deben respetar el principio de proporcionalidad;
- (iii) deben ser reversibles; y
- (iv) no pueden afectar a ciertas obligaciones previstas por el artículo 50 del proyecto de artículos de la CDI.

18. En cuanto al primer requisito, de conformidad con el artículo 2 del proyecto de artículos de la CDI, hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión atribuible al Estado según el derecho internacional y que constituye una violación de una obligación internacional del Estado. A este respecto, como ha señalado CERVELL HORTAL, las actividades cibernéticas maliciosas atribuibles a Estados pueden suponer la violación del principio de soberanía o el de no intervención y constituir un hecho ilícito internacional.³¹ Asimismo, la actividad cibernética maliciosa podría también suponer la violación de otras obligaciones internacionales, bien por acción, como la prohibición del uso de la fuerza, bien por omisión, como la del deber de debida diligencia.

19. En cuanto al principio de proporcionalidad, como se ha observado, la CDI exigió *expressis verbis* (art. 51 del Proyecto de 2001 y art. 54 del Proyecto de Organizaciones de 2011) tres criterios para medir la proporcionalidad: el perjuicio sufrido, la gravedad del hecho ilícito y el impacto de la contramedida sobre ‘los derechos en cuestión’, explicando (respecto a esta última expresión) que refleja los términos utilizados por el Tribunal en el asunto Gabcíkovo (1997) y que se refiere tanto a los derechos del Estado (u organización internacional) lesionado como a los del Estado (u organización internacional) lesionado. Gabcíkovo (1997) y que se refiere tanto a los derechos del Estado (u organización internacional) lesionado como a los del Estado (u organización) que cometió el hecho ilícito, y puede abarcar también los derechos de otros Estados (u organizaciones) que puedan verse afectados³².

20. En relación con la reversibilidad, de conformidad con el artículo 53 del Proyecto de artículos de la CDI, se pondrá fin a las contramedidas tan pronto como el Estado responsable haya cumplido sus obligaciones en relación con el hecho internacionalmente ilícito de conformidad con lo dispuesto en la segunda parte.

³⁰ P. ALLOTT, ‘State Responsibility and the Unmaking of International Law’ (1988) 29 Harvard Intl LJ 1, 21: “self-help is distinguishable in principle from anarchy only in that those taking such action may claim that they are acting to assert a legal right; in other words, they acknowledge the existence of law. Self-help is indistinguishable from anarchy in practice if it is regarded by the subjects of the law as the normal sanction of the law.” Véase sobre estas objeciones a la figura H. LAHMANN, *Unilateral Remedies to Cyber Operations: Self-Defence, Countermeasures, Necessity, and the Question of Attribution*, Cambridge University Press, 2020, p. 114.

³¹ M.J. CERVELL HORTAL, ‘Ciberinjercias en procesos electorales y principio de no intervención (una perspectiva internacional y europea)’, *Revista electrónica de estudios internacionales* (REEI), Nº. 45, 2023, pp. 1-33, p. 27.

³² C. GUTIÉRREZ ESPADA/ M. J. CERVELL HORTAL, *El Derecho Internacional (Corazón y Funciones)*, Civitas-Thomson Reuters, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, p. 354, párrafo 27, A), b) del capítulo 7.

21. Finalmente, como establece el artículo 50, y se deriva también de la jurisprudencia internacional,³³ ciertas obligaciones internacionales no pueden ser afectadas por las contramedidas, en particular la obligación de abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza, la protección de los derechos humanos fundamentales, las obligaciones de carácter humanitario que prohíben las represalias, y otras obligaciones que emanan de normas imperativas del derecho internacional general, lo que se aplicaría de la misma forma a las contramedidas cibernéticas. A este respecto, desde la esfera de la Unión Europea sea ha matizado que la “protección de los derechos humanos fundamentales” del artículo 50.1.b, por obra del calificativo “fundamentales” indica que sólo los derechos humanos que no admiten excepciones están protegidos de las contramedidas. En este sentido, y tomando como referencia el apartado 2 del artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, se trataría del derecho a la vida, la prohibición de la tortura y la esclavitud y la prohibición de la retroactividad penal.³⁴

22. Respecto de los requisitos procesales de las contramedidas, de conformidad con el proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional de los Estados (2001) y la de las organizaciones internacionales (2011) de la Comisión de Derecho Internacional, así como con la jurisprudencia internacional, las contramedidas deben ir precedidas, *inter alia*, de un requerimiento al Estado responsable para que modifique su comportamiento³⁵.

23. En particular, el artículo 52 del proyecto de artículos de la CDI, establece lo siguiente en relación con la adopción de contramedidas bilaterales de un Estado respecto de otro:

“1. Antes de tomar contramedidas, el Estado lesionado:

a) Requerirá al Estado responsable, de conformidad con el artículo 43, que cumpla las obligaciones que le incumben en virtud de la segunda parte; y b) Notificará al Estado responsable cualquier decisión de tomar contramedidas y ofrecerá negociar con ese Estado.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado b del párrafo 1, el Estado lesionado podrá tomar las contramedidas urgentes que sean necesarias para preservar sus derechos.

3. Las contramedidas no podrán tomarse y, caso de haberse tomado, deberán suspenderse sin retardo injustificado si:

a) El hecho internacionalmente ilícito ha cesado; y

b) La controversia está sometida a una corte o un tribunal facultados para dictar decisiones vinculantes para las partes.

4. No se aplicará el párrafo 3 si el Estado responsable no aplica de buena fe los procedimientos de solución de controversias.”³⁶

24. El primer requisito, relativo al requerimiento o conminación al Estado responsable para que cumpla con sus obligaciones internacionales tiene carácter de norma consuetudinaria, como señaló el Tribunal de Arbitraje establecido en 1928 para resolver la disputa entre Alemania y Portugal en el asunto *Nauliaa*,³⁷ y posteriormente el Tribunal Internacional de Justicia en el asunto *Gabcikovo*.³⁸ Este hecho, como ha señalado recientemente el Servicio Europeo de Acción Exterior (SEAE) con referencia a la jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia, es coherente con la naturaleza instrumental y

³³ Véase, por ejemplo, Comisión de Reclamaciones entre Etiopía y Eritrea, Laudo parcial de 1 de julio de 2003, Prisoners of War. Eritrea's claim 17, párr. 159), o s. del TPIY de 14 de enero de 2000 de la Sala de Primeras Instancia, Prosecutor v. Zoran Kupresic, Mirjan Kupresic, Vlatko Kupresic, Drago Jasipovic, Dragan Papic, Vladimirt Cantic /"Lasva Valley"), causa N.IT-95-16-T, párr. 529).

³⁴ SERVICIO EUROPEO DE ACCIÓN EXTERIOR (CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA [SECRETARÍA GENERAL]) Third-party Countermeasures under International Law, cit., pp. 29-30.

³⁵ Para las condiciones exigidas por el Derecho internacional, véase la sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 25 de septiembre de 1997 en el asunto *Gabcikovo-Nagymaros*, ICJ Reports-CIJ Reports 1997, pp. 55-57.

³⁶ Documento A/56/10.—Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 53.º período de sesiones (23 de abril a 1.º de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001), p. 145.

³⁷ Laudo de 31 de julio de 1928, asunto “*Nauliaa*”, RIAA/RSA, II, pp. 1026-1029.

³⁸ CIJ Recueil 1997, p. 56 y comentario 3 al art. 52 del Proyecto de 2001, también en el Proyecto de 2011 sobre las Organizaciones [art. 54.1 y comentario 2 al mismo.

no punitiva de las contramedidas, que deben estar dirigidas a la cesación del acto ilícito.³⁹ En el caso de respuestas a ciberataques, la conminación se puede encontrar en las declaraciones políticas que realizan los Estados, como la mencionada *supra* del Reino Unido el 7 de diciembre, condenando una determinada actividad cibernética maliciosa e instando al Estado responsable, en aquel caso Rusia, a ponerle fin.⁴⁰

25. El segundo requisito incluido en el artículo 52.1, relativo a la notificación de cualquier decisión de tomar contramedidas, que figuraba ya en el asunto *Nauliaa* y está consolidado en Derecho internacional,⁴¹ y a ofrecer negociar con ese Estado, el SEAE ha reconocido recientemente que, en la práctica, lo más frecuente es que no haya notificación previa, en particular cuando la contramedida adopta la forma de legislación. El documento del SEAE aporta como ejemplo las sanciones de la UE mediante Decisiones del Consejo o Reglamentos, lo que podría incluir también las decisiones adoptadas en respuesta a ciberataques, aunque ya hemos expresado previamente nuestras reservas a esa calificación jurídica, considerando más apropiada la de retorsión en ese caso.⁴²

26. En este sentido, como ha señalado CERVEL HORTAL en relación con los ciberataques, “[...] también la notificación previa, que exige el artículo 52 del Proyecto de artículos de la CDI, es puesta en duda ya por algunos Estados (Finlandia, Francia, Holanda, Italia...), que son de la opinión de que en un entorno como el ciberespacio sólo las respuestas rápidas pueden evitar males mayores. Y no dejan de estar en lo cierto: si un Estado constata, digamos, que en el día de unas elecciones las máquinas de voto están siendo hackeadas... y está seguro de esa acción proviene de un Estado concreto ¿de veras ha de cumplir con el requisito de notificación previa para que su respuesta se ajuste a los parámetros de legalidad establecidos?”⁴³ En todo caso, el artículo 52.2 permitiría, no obstante, adoptar contramedidas sin notificación previa ni oferta de negociaciones, en caso de que estas sean urgentes y “necesarias para preservar sus derechos”, lo que se cabría invocar en el caso de ciberataques graves.

27. Asimismo, como ha señalado SEGURA SERRANO recientemente, “el Reino Unido ha proclamado públicamente su posición, en el sentido de que la notificación previa no es un requisito derivado del derecho internacional consuetudinario, una posición que no ha sido secundada hasta la fecha por otros Estados, aunque cierta doctrina la considera razonable.”⁴⁴

28. El tercer requisito, previsto en el artículo 52.3, establece el deber de respetar los procedimientos vinculantes de solución de controversias en curso. La mera existencia de negociaciones no exige el cese de las contramedidas hasta la adopción de medidas vinculantes provisionales o finales por parte de la corte o tribunal a los que se haya sometido la controversia.⁴⁵ (s. de 9 de diciembre de 1978, párr. 91). Resulta interesante a este respecto la aclaración formulada en el documento del SEAE,

³⁹ SERVICIO EUROPEO DE ACCIÓN EXTERIOR (CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA [SECRETARÍA GENERAL]), *Third-party Countermeasures under International Law*, cit., p. 27. El SEAE se refiere en particular al asunto TIJ, Acuerdo Provisional (Antigua República Yugoslava de Macedonia c. Grecia), Sentencia de 5 de diciembre de 2011, Informes de la CIJ 2011, p. 644, en § 165, en la que se concluyó que la objeción de Grecia a la adhesión a la OTAN no se podía calificar como contramedida ya que no tenía por objeto el cese de un acto ilícito.

⁴⁰ Véase a este respecto también sobre la validez de las declaraciones políticas para cumplir el requisito de requerimiento o conminación SERVICIO EUROPEO DE ACCIÓN EXTERIOR (CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA [SECRETARÍA GENERAL]), *Third-party Countermeasures under International Law*, cit., p. 27.

⁴¹ H. LAHMANN, *Unilateral Remedies to Cyber Operations: Self-Defence, Countermeasures, Necessity, and the Question of Attribution*, Cambridge University Press, 2020, p. 121. Véase también Y. IWASAWA y N. IWATSUKI, ‘Procedural Conditions’ en J. CRAWFORD ET AL. (eds), *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, 2010 1149, p. 1151.

⁴² Véase a este respecto también sobre la validez de las declaraciones políticas para cumplir el requisito de requerimiento o conminación SERVICIO EUROPEO DE ACCIÓN EXTERIOR (CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA [SECRETARÍA GENERAL]), *Third-party Countermeasures under International Law*, cit., p. 27.

⁴³ M.J. CERVELL HORTAL, ‘Ciberinjerencias en procesos electorales y principio de no intervención (una perspectiva internacional y europea)’, cit., p. 29.

⁴⁴ A. SEGURA SERRANO, *El desafío de la ciberseguridad global*, Aranzadi, Cizur menor, 2023, p. 140.

⁴⁵ Véase a este respecto la decisión del tribunal arbitral en el caso del Acuerdo sobre los servicios aéreos de 9 de diciembre de 1978, párrafo 91.

relativa a la posible implicación del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, en el sentido de que la misma no impide que los Estados puedan tomar medidas. Como explica el documento, a diferencia del artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, según el cual la legítima defensa debe cesar cuando el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales, no existe la correspondiente limitación de los derechos de los Estados a utilizar contramedidas pacíficas en caso de conflicto armado, conclusión que se ve corroborada por la práctica reciente en materia de contramedidas.⁴⁶

Las contramedidas colectivas

29. En el estado actual de desarrollo del Derecho internacional, en principio sólo el Estado perjudicado por una actividad informática malintencionada tiene derecho a recurrir a contramedidas, tal y como declaró la Comisión de Derecho Internacional (CDI) en 2001⁴⁷. La CDI consideró la posibilidad de adoptar contramedidas colectivas como “embrionaria” y no la reguló en su informe final, aunque un proyecto anterior había previsto esa posibilidad.⁴⁸

30. En el contexto de la Unión Europea, la falta de contramedidas colectivas se ha considerado una limitación significativa para la acción de la Unión.⁴⁹ Las directrices de aplicación del Marco de para una respuesta diplomática conjunta de la UE a las actividades cibernéticas maliciosas (“Cyber Diplomacy Toolbox”) se referían a la posibilidad de que un Estado miembro adoptara *contramedidas no forzadas* contra un Estado que hubiera cometido un hecho internacionalmente ilícito mediante un ciberataque con el fin de poner fin a la actividad cibernética maliciosa,⁵⁰ confirmando el carácter “instrumental” y no punitivo de las “contramedidas”.⁵¹

31. Las directrices del *Cyber Diplomacy Toolbox* no contemplaban la posibilidad de que otros Estados miembros participaran en las contramedidas, ni de que éstas se adoptaran de forma colectiva⁵²

⁴⁶ SERVICIO EUROPEO DE ACCIÓN EXTERIOR (CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA [SECRETARÍA GENERAL]), *Third-party Countermeasures under International Law*, cit., p. 28.

⁴⁷ Párrafos 1 y 8 del Comentario introductorio al capítulo II de la tercera parte del Proyecto sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones Informe de la Comisión de Derecho Internacional, quincuagésimo tercer período de sesiones (23 de abril a 1 de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001), Suplemento No. 1 (A/53/40), Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones (23 de abril a 1 de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001), Suplemento núm. 10 (A/56/10), Naciones Unidas, Nueva York, 2001, pp. 1-591, en pp. 309-316 (en adelante también CDI 2021). Véase también J.A. FROWEIN “Reactions by not directly affected States to breaches of public international law”, *Recueil des cours...* 1994-IV (Dordrecht), Martinus Nijhoff, vol. 248 (1995), p. 345.

⁴⁸ CDI 2001, párrafo 8: “En la práctica se han dado casos de contramedidas adoptadas por otros Estados, en particular los mencionados en el artículo 48, cuando ningún Estado ha resultado lesionado o en nombre y a petición de un Estado lesionado. Estos casos son controvertidos y la práctica es embrionaria. Este capítulo no pretende regular la adopción de contramedidas por Estados distintos del Estado lesionado”.

⁴⁹ Véase a este respecto K. HÄRMÄ Y T. MINÁRIK, “European Union Equipping Itself against Cyber Attacks with the Help of Cyber Diplomacy Toolbox”, The NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence: “existen dos obstáculos importantes para calificar una respuesta de contramedida: en primer lugar, la ciberactividad maliciosa original tiene que atribuirse a un Estado, no simplemente a un actor no estatal que opere desde el territorio del Estado; y en segundo lugar, sólo el Estado afectado por la ciberactividad maliciosa tiene derecho a recurrir a contramedidas, lo que limita la posibilidad de que otros Estados miembros de la UE ayuden al Estado afectado, ya que su respuesta no debe alcanzar el nivel de contramedida” (traducción del autor).

⁵⁰ Conclusiones del Consejo sobre un marco para una respuesta diplomática conjunta de la UE a las actividades cibernéticas maliciosas (“Cyber Diplomacy Toolbox”), 7 de junio de 2017, CYBER 91 RELEX 482 POLMIL 58 CFSP/CFSP 476.

⁵¹ Véase al respecto lo señalado por la CDI, en palabras de C. GUTIÉRREZ ESPADA Y M.J. CERVELL HORTAL, *El Derecho Internacional (Corazón y Funciones)*, cit. p. 351, párrafo 27 del capítulo 7: Ya en 1996, al aprobar en primera lectura su Proyecto sobre la responsabilidad del Estado, la CDI optó por una concepción “instrumental” y no “punitiva” de las contramedidas (comentario 2 al art. 47, Anuario de la CDI 1996, II, Segunda Parte); y un año más tarde (as. Gabčíkovo-Nagymaros) la CIJ reafirmó la idea al darla por sentada en la regulación de las contramedidas en el derecho vigente (Informes de la CIJ 1997, pp. 56-57).

⁵² Directrices de aplicación del Marco de respuesta diplomática conjunta de la UE a las actividades cibernéticas malintencionadas, Bruselas, 9 de octubre de 2017, p. 10: “Un Estado miembro que sea víctima de una actividad cibernética ma-

, como sí ocurría con el derecho de legítima defensa garantizado por el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas en los casos graves en que las actividades cibernéticas malintencionadas pudieran equivaler al uso de la fuerza o a un ataque armado en el sentido de la Carta.

32. La posición de la Unión Europea parece coherente con la conclusión alcanzada por la CDI en 2001, así como con el Derecho internacional vigente. En efecto, a diferencia de la legítima defensa, que puede ser individual o colectiva, las contramedidas colectivas no se consideran aceptables. Esta fue al menos la posición adoptada por la Corte Internacional de Justicia en el caso de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (1986):

“While an armed attack would give rise to an entitlement to collective self-defence, a use of force of a lesser degree of gravity cannot, as the Court has already observed (paragraph 21 1 above), produce any entitlement to take collective countermeasures involving the use of force. The acts of which Nicaragua is accused, even assuming them to have been established and imputable to that State, could only have justified proportionate counter-measures on the part of the State which had been the victim of these acts, namely El Salvador, Honduras or Costa Rica. They could not justify counter-measures taken by a third State, the United States, and particularly could not justify intervention involving the use of force”⁵³.

33. La adopción de contramedidas colectivas parece más plausible en caso de incumplimiento de obligaciones internacionales *erga omnes* o en caso de obligaciones colectivas debidas a un grupo de Estados.

34. En relación con lo anterior, ya el proyecto de Informe de la CDI de 2000 establecía en su artículo 54.1 que “1. Todo Estado facultado en virtud del párrafo 1 del artículo 49 para invocar la responsabilidad de un Estado podrá tomar contramedidas a petición y en nombre de cualquier Estado lesionado por la violación, en la medida en que ese Estado pueda tomar a su vez contramedidas en virtud del presente Capítulo.”⁵⁴ Esta disposición fue muy objetada por los Estados y finalmente se retiró del texto final.

35. La versión aprobada del artículo 54 en el informe de la CDI de 2001 no prejuzga la adopción de contramedidas colectivas en caso de violación de obligaciones debidas a la comunidad internacional en su conjunto o a un grupo de Estados para la protección de un interés colectivo, aplazando de hecho el debate de la cuestión incluso para este tipo de obligaciones. Dice así: “Este capítulo no prejuzga acerca del derecho de cualquier Estado, facultado por el párrafo 1 del artículo 48 para invocar la responsabilidad de otro Estado, a tomar medidas lícitas contra este Estado para asegurar la cesación de la violación y la reparación en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada”.⁵⁵

36. La misma solución se adoptó en el artículo 57 del proyecto de artículos de 2011 sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, habida cuenta de la ausencia aún más notoria de práctica en la que estuvieran implicadas organizaciones internacionales. No obstante, la CDI señaló que la práctica existente en ese momento ya incluía ejemplos de una organización internacional no lesionada que adoptaba contramedidas contra un Estado presuntamente responsable, y citó en particular

lintencionada que constituya un hecho internacionalmente ilícito podrá, en determinadas condiciones, recurrir legalmente a contramedidas no forzosas y proporcionadas. Estas contramedidas constituyen acciones dirigidas a otro Estado responsable del hecho internacionalmente ilícito, que de otro modo violaría una obligación debida a ese Estado. Tales contramedidas no forzosas se llevan a cabo para obligar o convencer a este último de que cese la ciberactividad maliciosa, en cumplimiento de sus obligaciones internacionales”.

⁵³ Sentencia de 27 de junio de 1986, ICJ Reports/CIJ Reports 1986, p. 117, párr. 249.

⁵⁴ Responsabilidad del Estado. Proyecto de artículos aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción en segunda lectura (A/CN.4/L.600, 21 de agosto de 2000), pp. 1-16, p. 15.

⁵⁵ CIT 2001, en el artículo 54. Véase en este sentido C. GUTIÉRREZ ESPADA, “Las “contramedidas de terceros” (evolución del concepto a la luz de la práctica internacional)”, *Anuario Español de Derecho Internacional* (AEDI), núm. 40 (2024), de próxima publicación, pp. 1-20, en p. 4.

las medidas adoptadas por el Consejo de la Unión Europea contra Birmania/Myanmar en vista de las “violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos en Birmania”.⁵⁶

37. En este marco, en noviembre de 2022 el Servicio de Acción Exterior de la Unión Europea llevó a cabo un análisis exhaustivo y muy interesante de esta cuestión en un documento hecho público por la plataforma *AsktheEU.org* a raíz de una solicitud de acceso a documentos en virtud del Reglamento (CE) nº 1049/2001.⁵⁷ En su estudio, el SEAE señala que se han producido avances significativos desde 2001, cuando la CDI adoptó el artículo 57 anteriormente mencionado. En concreto, menciona cuatro casos en los que Estados occidentales, pero también de otros continentes, han adoptado contramedidas colectivas, a saber:

- i) en 2005 contra Irán en relación con el desarrollo de su Programa Nuclear,
- ii) en 2011 contra Libia por la represión de manifestaciones y protestas en el marco de la llamada “Primavera Árabe”,
- iii) también en 2011 contra Siria por el uso de la fuerza por parte del régimen en el contexto del conflicto interno del país,
- iv) y en 2014 contra Rusia por su anexión de Crimea.⁵⁸

38. Estos acontecimientos llevaron al Servicio Europeo de Acción Exterior a abogar por la formación de una norma de Derecho internacional consuetudinario que permita a terceros Estados tomar contramedidas contra un Estado que viole normas imperativas de derecho internacional. Según el SEAE, no sólo la práctica sino también la *opinio iuris* son claras, al menos en el caso de una violación flagrante de una norma *erga omnes como* en el caso de la agresión rusa a Ucrania.

39. De esta forma, el SEAE rescata y apoya a nuestro juicio la postura inicial de la CDI en su proyecto del año 2000, rechazando implícita pero necesariamente que la práctica sea aún embrionaria habida cuenta de la evolución sufrida en la práctica estatal y de organizaciones internacionales en los últimos 22 años.

40. En este contexto, y en relación con las contramedidas adoptadas en respuesta a la ciberactividad maliciosa, el Manual de Tallin 2.0 reconocía que había voces que defendían la legitimidad de las contramedidas colectivas, especialmente en situaciones en las que ningún Estado es responsable de la ciberoperación maliciosa en cuestión⁵⁹. Esta tesis no es sólo doctrinal, sino que también ha sido defendida públicamente por algunos Estados. Por ejemplo, la Presidenta de la República de Estonia Kersti Kaljulaid expresó abiertamente su apoyo a esta opinión en 2019:

⁵⁶ Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales 2011, aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en su 63º período de sesiones, celebrado en 2011, y presentado a la Asamblea General como parte del informe de la Comisión sobre la labor realizada en ese período de sesiones (A/66/10, párr. 87), pág. 96. Véase también para esta referencia C. GUTIÉRREZ ESPADA, “Las “contramedidas de terceros” (evolución del concepto a la luz de la práctica internacional)”, *cit.*, en p. 5.

⁵⁷ Reglamento (CE) nº 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, DO L 145 de 31.5.2001, p. 43-48. La solicitud fue presentada por Davide Giovannelli en julio de 2023. Sobre las implicaciones de este documento sobre la figura de las contramedidas colectivas véase C. Gutiérrez Espada, Las “contramedidas de terceros” (evolución del concepto a la luz de la práctica internacional), *Anuario Español de Derecho Internacional*, Año 2024, Número 40, pp. 1-20.

⁵⁸ SERVICIO EUROPEO DE ACCIÓN EXTERIOR (CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA [SECRETARÍA GENERAL]), *Third-party Countermeasures under International Law (Documento revisado)*, Bruselas, 17 de noviembre de 2022, WK 15858/2022 INIT, LIMITE, COJUR, pp. 1-33).

⁵⁹ M.N. SCHMITT (editor general), *Manual de Tallin 2.0 sobre el Derecho Internacional Aplicable a las Operaciones Cibernéticas*, cit. p. 113: “El Grupo Internacional de Expertos reconoció un punto de vista según el cual pueden adoptarse contramedidas contra actores no estatales. Según este punto de vista, las entidades no estatales pueden llevar a cabo operaciones cibernéticas que violen las obligaciones que supuestamente deben a los Estados, como el cumplimiento de la prohibición del uso de la fuerza y la exigencia de respetar su soberanía. Según este punto de vista, en la medida en que los actores no estatales deben obligaciones jurídicas a los Estados, los Estados “perjudicados” tienen derecho a tomar contramedidas contra los actores no estatales en caso de que incumplan dichas obligaciones”.

“Estonia promueve la posición de que los Estados que no resulten directamente perjudicados puedan aplicar contramedidas para apoyar al Estado directamente afectado por la operación cibernética maliciosa. Las contramedidas aplicadas deben seguir el principio de proporcionalidad y otros principios establecidos en el derecho consuetudinario internacional”⁶⁰.

41. Del mismo modo, Nueva Zelanda ha expresado recientemente su apoyo a una opinión similar:

“Dado el interés colectivo en la observancia del derecho internacional en el ciberespacio, y la asimetría potencial entre los estados maliciosos y los estados víctimas, Nueva Zelanda está abierta a la proposición de que los estados víctimas, en circunstancias limitadas, puedan solicitar asistencia a otros estados para aplicar contramedidas proporcionadas para inducir el cumplimiento por parte del estado que actúa en violación del derecho internacional. [...]”⁶¹

⁴² En cambio, otros Estados, como Francia han reafirmado recientemente la tesis ortodoxa de que las contramedidas colectivas no están autorizadas en Derecho internacional:

“Según el derecho internacional, tales contramedidas deben ser adoptadas por Francia en su calidad de víctima. Las contramedidas colectivas no están autorizadas, lo que excluye la posibilidad de que Francia adopte tales medidas en respuesta a una violación de los derechos de otro Estado.”⁶²

43. Del mismo modo, Canadá ha sostenido oficialmente que no existe suficiente *opinio iuris* para las contramedidas cibernéticas colectivas, aunque este Estado parece abierto a esta posibilidad en el futuro:

“La asistencia puede prestarse a petición de un Estado lesionado, por ejemplo cuando el Estado lesionado no posee todos los conocimientos técnicos o jurídicos necesarios para responder a ciberactos internacionalmente ilícitos. Sin embargo, las decisiones sobre las posibles respuestas son competencia exclusiva del Estado lesionado. Canadá ha considerado el concepto de “contramedidas cibernéticas colectivas” pero, hasta la fecha, no ve suficiente práctica estatal u *opinio juris* para concluir que estén permitidas por el derecho internacional. Canadá distingue las “contramedidas cibernéticas colectivas” de las acciones adoptadas en “legítima defensa colectiva”, incluidas las medidas adoptadas en el ciberespacio”.⁶³

44. Por otro lado, en el contexto de los ataques híbridos, el Parlamento Europeo aboga desde 2021 por una reinterpretación de las cláusulas de defensa mutua y solidaridad consagradas en los artículos 42, apartado 7, del TUE y 222 del TFUE que permita, *entre otras cosas, la adopción de* contramedidas colectivas por parte de los Estados miembros de la UE de forma voluntaria.⁶⁴

45. En 2022, el Parlamento Europeo expresó una opinión similar en relación con China. El Parlamento subrayó “la necesidad de fomentar una cooperación más estrecha con los países de la OTAN y el G7 para combatir las amenazas híbridas, como los ciberataques y las campañas de desinformación provenientes de China; permitiendo, por ejemplo, que los Estados miembros impongan contramedidas

⁶⁰ Discurso de la Presidenta de la República de Estonia en la inauguración de CyCon 2019. Disponible en el siguiente enlace: <https://president.ee/en/official-duties/speeches/15241-president-of-the-republic-at-the-opening-of-cycon-2019/>

⁶¹ New Zealand Foreign Affairs and Trade, *The Application of International Law to State Activity in Cyberspace* (1 de diciembre de 2020) 3-4. Véase como referencia el siguiente enlace: <https://www.dPMC.govt.nz/sites/default/files/2020-12/The%20Application%20of%20International%20Law%20to%20State%20Activity%20in%20Cyberspace.pdf> (traducción del autor).

⁶² INTERNATIONAL LAW APPLIED TO OPERATIONS IN CYBERSPACE, Documento compartido por Francia con el grupo de trabajo de composición abierta establecido por la resolución 75/240, en 4. Disponible en <https://documents.unoda.org/wp-content/uploads/2021/12/French-position-on-international-law-applied-to-cyberspace.pdf>. (traducción del autor).

⁶³ Gobierno de Canadá, *Derecho internacional aplicable en el ciberespacio*, en el punto 37, disponible en https://www.international.gc.ca/world-monde/issues_development-enjeux_developpement/peace_security-paix_securite/cyberspace_law-cyberespace_droit.aspx?lang=eng#a9. (traducción del autor).

⁶⁴ Resolución del Parlamento Europeo, de 7 de octubre de 2021, sobre el estado de las capacidades de ciberdefensa de la UE (2020/2256(INI)), DO C 132 de 24.3.2022, p. 102-112, apartado 35. Véase, para una propuesta similar, la Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de febrero de 2022, sobre la aplicación de la Política Común de Seguridad y Defensa - Informe anual 2021 (2021/2183(INI)), DO C 342 de 6.9.2022, p. 167-190, apartado 54.

colectivas de manera voluntaria, incluso en los casos en los que los ataques no sean tan graves como para activar el artículo 5 del Tratado de la OTAN o el artículo 42, apartado 7, del TUE.”⁶⁵

46. Ese mismo año, el Parlamento Europeo también consideró “la disuasión, la atribución y las contramedidas colectivas, incluidas las sanciones” como una de las áreas de trabajo de la reciente “comisión especial sobre la injerencia extranjera en todos los procesos democráticos de la Unión Europea, incluida la desinformación, y el refuerzo de la integridad, la transparencia y la responsabilidad en el Parlamento Europeo”.⁶⁶

47. El Parlamento manifestó con rotundidad en una resolución adoptada en paralelo a la decisión mencionada que las contramedidas en este contexto pueden incluir sanciones adoptadas en virtud de los artículos 29 TUE y 215 TFUE,⁶⁷ y se refirió a las adoptadas en caso de ciberataques en virtud de la Decisión (PESC) 2019/797 del Consejo, de 17 de mayo de 2019, relativa a la adopción de medidas restrictivas contra ciberataques que amenacen a la Unión o a sus Estados miembros⁶⁸ y del Reglamento (UE) 2019/796 del Consejo, de 17 de mayo de 2019, relativo a la adopción de medidas restrictivas contra ciberataques que amenacen a la Unión o a sus Estados miembros⁶⁹.

48. Resulta relevantes asimismo que el Parlamento Europeo solicitara también “a la Unión que defina con claridad qué constituye un hecho internacionalmente ilícito y que establezca unos umbrales mínimos para la puesta en marcha de contramedidas como consecuencia de esa nueva definición, que deben ir acompañadas de una evaluación de impacto para aportar seguridad jurídica; señala que el Consejo debe poder tomar decisiones por mayoría, en vez de por unanimidad, sobre las sanciones relativas a injerencias extranjeras”.⁷⁰

49. Lo anterior plantea la cuestión de si las contramedidas colectivas en respuesta a actividades cibernéticas maliciosas pueden adoptarse de manera lícita en casos más allá de la violación de normas *erga omnes*, que podrían aceptarse como Derecho internacional consuetudinario si atendemos a la opinión del SEAE, además de que, en realidad, la violación de una obligación *erga omnes* afecta a toda la comunidad internacional y por tanto, en este caso se podría argumentar que más que una medida colectiva es bilateral con independencia del Estado que la adopte, o en casos de incumplimiento de obligaciones contraídas con un grupo de Estados.

En favor de esta posición se pueden esgrimir tres argumentos:

- (i) la práctica estatal reciente muestra un aumento en la adopción de contramedidas colectivas, así como una *opinio iuris* favorable, y no todos los casos de práctica estatal menciona-

⁶⁵ Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de septiembre de 2021, sobre una nueva estrategia UE-China (2021/2037(INI)) DO C 117 de 11.3.2022, p. 40-52, apartado 27.

⁶⁶ Decisión del Parlamento Europeo, de 10 de marzo de 2022, relativa a la creación de una comisión especial sobre la injerencia extranjera en todos los procesos democráticos de la Unión Europea, incluida la desinformación (INGE 2), y a la definición de sus responsabilidades, composición numérica y mandato (2022/2585(RSO)), DO C 347 de 9.9.2022, p. 238-240, apartado K(1)(a)(x). Esta decisión ha sido modificada en 2023 sin que ello afecte a la parte citada. Decisión del Parlamento Europeo, de 14 de febrero de 2023, por la que se modifica la Decisión, de 10 de marzo de 2022, relativa a la creación de una comisión especial sobre la injerencia extranjera en todos los procesos democráticos de la Unión Europea, incluida la desinformación (INGE 2), y por la que se adaptan su denominación y sus competencias (2023/2566(RSO)).

DO C 283 de 11.8.2023, p. 60-63.

⁶⁷ Resolución del Parlamento Europeo, de 9 de marzo de 2022, sobre la injerencia extranjera en todos los procesos democráticos de la Unión Europea, incluida la desinformación (2020/2268(INI)), DO C 347 de 9.9.2022, p. 61-96, en 136-142.

⁶⁸ Decisión (PESC) 2019/797 del Consejo, de 17 de mayo de 2019, relativa a medidas restrictivas contra ciberataques que amenacen a la Unión o a sus Estados miembros, ST/7299/2019/INIT, DO L 129I de 17.5.2019, p. 13/19.

⁶⁹ Reglamento (UE) 2019/796 del Consejo, de 17 de mayo de 2019, relativo a la adopción de medidas restrictivas contra ciberataques que supongan una amenaza para la Unión o sus Estados miembros, ST/7302/2019/INIT, DO L 129I de 17.5.2019, p. 1/12.

⁷⁰ Resolución del Parlamento Europeo, de 9 de marzo de 2022, sobre la injerencia extranjera en todos los procesos democráticos de la Unión Europea, incluida la desinformación, citada en el párrafo 137.

dos por el SEAE en su estudio se referían a violaciones de normas *erga omnes* (véase, por ejemplo las medidas adoptadas contra Libia por la represión de manifestaciones y protestas en 2011) y podría decirse lo mismo del ejemplo dado por la CDI en 2011 (violaciones de los derechos humanos en Birmania)

- (ii) algunos Estados miembros han pedido abiertamente la adopción de contramedidas colectivas en el contexto cibernético, y
- (iii) el Parlamento Europeo también ha abogado por la adopción de contramedidas colectivas, en particular sanciones, en el contexto conexo de ataques híbridos/desinformación.

50. A la luz de lo anterior, aunque tanto la CDI como la Corte Internacional de Justicia han rechazado por el momento la adopción de contramedidas colectivas, y la práctica de los Estados hasta la fecha no parece ser suficientemente coherente y universal,⁷¹ las posiciones adoptadas recientemente por la Unión Europea pueden contribuir a ampliar los límites existentes en materia de contramedidas colectivas para concebir algunas contramedidas colectivas lícitas en caso de ciberataques graves, y a petición del Estado perjudicado.

51. En todo caso, los Estados miembros de la Unión sí que podrían defender con arreglo al Derecho internacional vigente, aunque resultaría difícil de justificar, su actuación conjunta en respuesta a un ciberataque invocando la excepción de “necesidad” prevista en la regla 26 del Manual de Tallinn 2.0⁷², que permite la adopción de medidas colectivas y no requiere la comisión previa de un hecho ilícito internacional⁷³. Para ello, los Estados miembros deberían poder acreditar que la actuación conjunta se adopta en respuesta a actos que presentan un peligro grave e inminente, ya sea de naturaleza cibernética o no, a un interés esencial, y que esta respuesta constituye el único medio de salvaguardar dicho interés.

52. Esta regla se corresponde con el Estado de necesidad al que hace referencia el artículo 25 del proyecto de artículos de la CDI, que ha sido aceptado por el Tribunal Internacional de Justicia y, que el Manual de Tallinn 2.0 considera que constituye Derecho internacional consuetudinario⁷⁴. De hecho, como se ha afirmado, el Manual de Tallinn parece ir incluso más allá de lo previsto por la costumbre internacional, encarnada en el mencionado artículo 25. Lo anterior se desprende de dos razones principales:

- (i) el Manual de Tallin 2.0 considera, respecto de la inminencia del peligro, que el peligro es siempre inminente cuando la “ventana de oportunidad” de tomar medidas para prevenirlo está a punto de cerrar, y
- (ii) no descarta que se pueda emplear el uso de la fuerza por razones de necesidad⁷⁵, lo que sin embargo no es aceptable habida cuenta de que la prohibición del uso de la fuerza es una norma de *ius cogens* y no se prevé en Derecho internacional el estado de necesidad como una excepción a la misma. No obstante, como acertadamente ha subrayado el profesor GUTIÉRREZ ESPADA, la prohibición del uso de la fuerza sólo tiene como *ius cogens* su núcleo duro (la agresión), y el uso de la fuerza en estado de necesidad para evitar un peligro grave inminente contra intereses esenciales del Estado no constituye una agresión.⁷⁶

⁷¹ C. GUTIERREZ ESPADA, *La Responsabilidad Internacional por el uso de la fuerza en el ciberespacio*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, en particular Capítulo 3, apartado 4, párrafo 69.

⁷² M.N. SCHMITT (editor general), *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*, cit., p. 135: “Rule 26 – Necessity A State may act pursuant to the plea of necessity in response to acts that present a grave and imminent peril, whether cyber in nature or not, to an essential interest when doing so is the sole means of safeguarding it”.

⁷³ Id. (editor general), *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*, cit., comentario 9 a la regla 26.

⁷⁴ *Ibid.*: “in light of its acceptance by the International Court of Justice and other bodies, the International Group of Experts agreed that as a general matter, and as described below, the plea is customary in nature and can be applied in the cyber context”.

⁷⁵ Id. (editor general), *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*, cit., comentario 18 a la regla 26: “It should be cautioned that whether measures based on the plea of necessity may involve forcible action is unsettled in international law. The International Group of Experts was split on this issue [...]”.

⁷⁶ C. GUTIÉRREZ ESPADA, *El estado de necesidad y el uso de la fuerza en Derecho internacional reflexiones sobre la inter-*

53. De hecho, para los expertos que redactaron el Manual de Tallinn 2.0, que no ven claro que el derecho de legítima defensa lo sea de las Organizaciones internacionales *per se*, el estado de necesidad puede constituir una válvula de escape. A nuestro juicio, la invocación de esta figura deberá, no obstante, respetar las obligaciones impuestas por el Derecho internacional general, recordando además que el uso de las contramedidas por organizaciones internacionales tiene límites mayores respecto del uso de esta figura por los Estados⁷⁷.

54. A este respecto, si las medidas restrictivas aprobadas por la Unión frente a un ciberataque son tales que pudieran ser interpretadas como dirigidas a un Estado (i.e. por el uso de infraestructuras estatales, la involucración de funcionarios, la violación de la debida diligencia, o una condena o imputación pública que acompañara la adopción de las medidas restrictivas...) la Unión podría invocar la necesidad de su actuación, si se cumplen los requisitos mencionados, para evitar cualquier responsabilidad internacional derivada de su respuesta al ciberataque en cuestión. A este respecto, algunos Estados como Francia,⁷⁸ Alemania⁷⁹ y Japón⁸⁰ han aceptado recientemente la posibilidad de invocar el estado de necesidad en el ámbito cibernético, aunque estas posturas son minoritarias.

IV. La legítima defensa en respuesta a ciberamenazas

55. De conformidad con el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, ninguna disposición de la Carta “menoscarará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales [...]”. En esta sección se analiza si los Estados pueden ejercer su derecho inmanente de legítima defensa individual o colectiva, en caso de ser víctimas de un ciberataque.

56. El artículo 51 de la Carta presupone la existencia de un “ataque armado”, por tanto, el ciberataque que motive la invocación de este artículo debe poder definirse como tal. Para determinar la noción de ciberataque grave como ataque armado a los efectos del artículo 51 de la Carta resulta necesario subrayar que, de conformidad con el Derecho internacional, y en particular con la jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia, sólo el uso de la fuerza armada grave, no un “uso menor” de la misma, permite alegar el derecho de legítima defensa⁸¹. A este respecto, para evaluar la gravedad de un ataque armado, el criterio aplicable según el Tribunal Internacional de Justicia es el de la envergadura o

pretación y consecuencias que pueden derivarse, en tal materia, de la aceptación por la CDI del estado de necesidad, Tecnos, Madrid, 1987; C. SCHALLER, ‘Beyond Self-Defense and Countermeasures: A Critical Assessment of the Tallinn Manual’s Conception of Necessity’ (Symposium: Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations) *Texas Law Review*, n.º 95, 2016, p. 1619 y DELERUE, F., *Cyber operations and international law*, Cambridge University Press, 2020, p. 349. Véase también sobre el estado de necesidad y el uso de la fuerza M.J. CERVELL HORTAL, *La legítima defensa en el derecho internacional contemporáneo: (nuevos tiempos, nuevos actores, nuevos retos)*, cit., pp. 57-62.

⁷⁷ Véase a este respecto el artículo 22 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales (2011), aprobado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, en segunda lectura, en su 63º período de sesiones (2011). Véase también respecto de la evolución del debate sobre este artículo C. GUTIERREZ ESPADA, *La responsabilidad internacional de Estados y Organizaciones (balance provisional de coincidencias y matices)*, Diego Marín, Murcia, 2010; y, sobre todo, C. GUTIERREZ ESPADA, *La responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales a la luz del proyecto definitivo de artículos de la Comisión de Derecho Internacional (2011)*, Comares, Granada, 2011, pp. 177-206.

⁷⁸ Ministerio de Defensa de Francia, *International Law Applied to Operations in Cyberspace*, cit., p. 8.

⁷⁹ Gobierno Federal de Alemania, ‘On the Application of International Law in Cyberspace’, cit., pp. 14-15

⁸⁰ Ministerio de Asuntos Exteriores de Japón, ‘Basic Position of the Government of Japan on International Law Applicable to Cyber Operations’, 28 de mayo de 2021, p. 5: “The Government of Japan is of the view that a State may invoke necessity under international law when the requirements shown in Article 25 of the ILC’s Articles on State Responsibility are satisfied.”

⁸¹ Sentencia 27 junio 1986, ICJ Reports/CIJ Recueil 1986, pp. 14 ss., párrafos 191-195 y 210-211; sentencia 6 noviembre 2003, caso de las plataformas petrolíferas, ICJ Reports/CIJ Recueil 2003, párrafos 51, 64 in fine y 72; y sentencia 19 diciembre 2005, actividades armadas en la República Democrática del Congo, ICJ Reports/CIJ Recueil 2005, párrafos 127, 146, 161-164.

alcance y efectos (scale and effects),⁸² criterio citado por algunos Estados como Estonia,⁸³ Dinamarca,⁸⁴ o Finlandia,⁸⁵ para sostener que ciertos ciberataques graves equivalen a un ataque armado a en el sentido de esta jurisprudencia.

57. En efecto, como ha señalado GUTIÉRREZ ESPADA, el criterio a seguir es el de los efectos o consecuencias y no tanto el de los medios empleados o el de los objetivos perseguidos⁸⁶. Por otro lado, como ha señalado SEGURA SERRANO recientemente con referencia a la jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia en el asunto *Armas Nucleares*, “como punto de partida se puede afirmar que no hay nada que impida considerar una operación cibernética como constitutiva de un ataque armado.”⁸⁷

58. En el caso de ciberataques, el Manual de Tallinn 2.0 concluye que los que resulten en la muerte o lesión de personas, causen daños físicos, o supongan la destrucción de bienes de manera significativa constituyen usos de la fuerza que generan el derecho de legítima defensa, por tanto ataques armados⁸⁸. Alemania ha expresado públicamente su apoyo a esta conclusión del Manual.⁸⁹ Por otro lado, como ha señalado Finlandia, más allá de la muerte o lesión de personas, y los daños físicos significativos “it is impossible to set a precise quantitative threshold for the effects, and other circumstantial factors must be taken into account in the analysis, as well.”⁹⁰

59. En todo caso, la mayor parte de ciberataques no alcanza, afortunadamente, este (impreciso) umbral. Sin embargo, una potencia tan relevante en el ciberespacio como Estados Unidos mantiene, afortunadamente a nuestro juicio de forma aislada en la esfera internacional, que cualquier uso de la fuerza permite la invocación del derecho inmanente de legítima defensa, rechazando explícitamente la distinción efectuada por el Tribunal Internacional de Justicia entre usos menores de la fuerza y ataque armado.⁹¹

60. De hecho, como se ha afirmado, ningún ciberataque ha reunido hasta la fecha las características exigidas para ser considerado como un ataque armado⁹², ni Estado alguno ha alegado formalmente

⁸² Sentencia 27 junio 1986, ICJ Reports/CIJ Recueil 1986, cit., párrafo 195: “The Court sees no reason to deny that, in customary law, the prohibition of armed attacks may apply to the sending by a State of armed bands to the territory of another State, if such an operation, because of its scale and effects, would have been classified as an armed attack rather than as a mere frontier incident had it been carried out by regular armed forces.”(énfasis añadido)

⁸³ Official compendium of voluntary national contributions on the subject of how international law applies to the use of information and communications technologies by States, cit., p. 30: “Estonia believes that cyber operations that cause injury or death to persons, damage or destruction could amount to an armed attack under the UN Charter”

⁸⁴ Gobierno de Dinamarca, “Denmark’s Position Paper on the Application of International Law in Cyberspace”(4 Julio de 2023), pp. 6-7.

⁸⁵ International law and cyberspace, Finland’s national positions, p. 6.

⁸⁶ C. GUTIÉRREZ ESPADA, *De la legítima defensa y el ciberespacio*, COMARES, GRANADA, 2020, PÁRRAFO 24.

⁸⁷ A. SEGURA SERRANO, *El desafío de la ciberseguridad global*, Aranzadi, Cizur menor, 2023, p. 112. En aquel asunto, el TIJ señaló que las previsiones de la Carta de Naciones Unidas sobre el recurso a la fuerza “apply to any use of force, regardless of the weapons employed” (Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, I.C.J. Reports 1996, p. 226, párrafo 39),

⁸⁸ M.N. SCHMITT (editor general), *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*, Cambridge University Press, 2017, Regla 69, comentario 8, p. 333: “Acts that injure or kill persons or physically damage or destroy objects are uses of force”, y (a contrario), Regla 71, comentario 12, p. 342: “The case of cyber operations that do not result in injury, death, damage, or destruction, but that otherwise have extensive negative effects, remains unsettled”.

⁸⁹ Gobierno Federal de Alemania, ‘On the Application of International Law in Cyberspace’, Position Paper (Marzo de 2021), p. 15: “The right to self-defence according to art. 51 UN Charter is triggered if an armed attack occurs. Malicious cyber operations can constitute an armed attack whenever they are comparable to traditional kinetic armed attack in scale and effect. Germany concurs with the view expressed in rule 71 of the Tallinn Manual 2.0.”

⁹⁰ International law and cyberspace, Finland’s national positions, p. 6.

⁹¹ US Department of Defense, Office of the General Counsel, Law of War Manual (Junio de 2015, actualizado en julio de 2023), apartado 1.11.5.2: “The United States has long taken the position that the inherent right of self-defense potentially applies against any illegal use of force. Others [refiriéndose a la sentencia en el asunto Nicaragua], however, would be inclined to draw more of a distinction between “armed attacks” and uses of force that do not give rise to the right to use force in self-defense.”

⁹² F. Delerue, *Cyber operations and international law*, cit., p. 461. Más recientemente véase también A. SEGURA SERRANO, *El desafío de la ciberseguridad global*, Aranzadi, Cizur menor, 2023, p. 113.

el derecho de legítima defensa en respuesta a un ciberataque⁹³, aunque es evidente que los efectos de un ciberataque pueden ser tan catastróficos como los de un ataque llevado a cabo con armas cinéticas.

61. A este respecto, el Ministerio de Defensa francés ha señalado que un ciberataque que afectara a infraestructuras críticas con consecuencias importantes, o que pudiera paralizar secciones enteras de la actividad del país, desencadenara desastres tecnológicos o ecológicos y causara numerosas víctimas, sería similar al uso de armas convencionales, y podría por tanto ser considerado como un ataque armado⁹⁴. Más recientemente lo han hecho también Italia⁹⁵ o Noruega.⁹⁶

62. Cuestión distinta es la planteada por algunos expertos del grupo internacional encargado de redactar el Manual de Tallinn, a saber, si cabría invocar la legítima defensa en respuesta a un ciberataque que no cause daños físicos, pero sí una grave perturbación. Cabe recordar que un ataque de este tipo tuvo lugar en Estonia en 2007, pocos días después del traslado en Tallin del monumento a los soldados soviéticos caídos durante la II Guerra Mundial⁹⁷. De hecho, el ciberataque del que fue objeto Estonia se compuso de numerosos ciberataques, lanzados desde Rusia con apoyo oficial según el Gobierno Estonio, que crearon un nivel de tráfico en Internet sin precedentes durante semanas. Este tráfico colapsó las páginas web de bancos, medios de prensa y organismos gubernamentales, impidiendo a los empleados estatales comunicarse por correo electrónico. Estonia valoró entonces la posibilidad de alegar su derecho a la legítima defensa, así como de invocar el artículo 5 del Tratado de la OTAN en respuesta al ciberataque del que fue víctima⁹⁸, comparado por el entonces ministro de defensa estonio con un bloqueo naval, un acto de guerra⁹⁹, y por un miembro del parlamento de ese país con una explosión nuclear¹⁰⁰. Cabe recordar a este respecto que la OTAN aceptó en 2014 que un ciberataque puede permitir la invocación del Artículo 5¹⁰¹.

⁹³ *Ibid.* Véase también Ministère des Armées. République Française, *Droit International appliqué aux opérations dans le cyberspace*, 9 septembre 2019, disponible en www.defense.gouv.fr, pp. 1-18, p. 9 “ À l’heure actuelle, aucun État n’a qualifié une cyberattaque menée à son encontre d’agression armée. ”

⁹⁴ Ministerio de Defensa de la República Francesa, *Droit International appliqué aux opérations dans le cyberspace*, 9 septembre 2019, cit., p. 9 “ Une cyberattaque pourrait être qualifiée d’agression armée dès lors qu’elle provoquerait des pertes humaines substantielles, ou des dommages physiques ou économiques considérables. Cela serait le cas d’une opération dans le cyberspace provoquant une déficience des infrastructures critique avec des conséquences significatives, ou susceptibles de paralyser des pans entiers de l’activité du pays, de déclencher des catastrophes technologiques ou écologiques et de faire de nombreuses victimes. Dans une telle hypothèse, les effets de cette opération seraient similaires à ceux qui résulteraient de l’utilisation d’armes classiques ”.

⁹⁵ Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación Internacional, Italian position paper on “International law and cyberspace”, p. 9: “Italy deems that wrongful cyber operations conducted by State or non-State actors may constitute an armed attack when their scale and effects are comparable to those resulting from conventional armed attacks, resulting in significant physical damage of property, human injury and loss of life, or disruption in the functioning of critical infrastructure.”

⁹⁶ Official compendium of voluntary national contributions on the subject of how international law applies to the use of information and communications technologies by States, cit., p. 70: “A cyber operation that severely damages or disables a State’s critical infrastructure or functions may furthermore be considered as amounting to an armed attack under international law. Depending on its scale and effect, this may include a cyber operation that causes an aircraft crash”

⁹⁷ Sobre este ciberataque y las primeras reacciones al mismo puede consultarse la siguiente noticia publicada en mayo de 2007 en el diario El País: https://elpais.com/diario/2007/05/18/internacional/1179439204_850215.html

⁹⁸ P. PAWLAK/ T. BIERSTEKER, (eds.), *Guardian of the Galaxy, EU cyber sanctions (and norms in cyberspace)*, Chaillot Paper 155, European Union Institute for Security Studies, 2019, en particular el capítulo “Mission controls Sanctions under international law”, p. 46.

⁹⁹ La referencia a la entrevista al Ministro de defensa estonio puede consultarse en el diario New York Times: ““It turned out to be a national security situation,” Estonia’s defense minister, Jaak Aaviksoo, said in an interview. “It can effectively be compared to when your ports are shut to the sea”. Este artículo está disponible en el siguiente enlace: <https://www.nytimes.com/2007/05/29/technology/29estonia.html>

¹⁰⁰ En los términos utilizados por el portavoz del Parlamento, Ene Ergma: “When I look at a nuclear explosion, and the explosion that happened in our country in May, I see the same thing.” Véase la referencia en Buchan., R, “Cyber Attacks: Unlawful Uses of Force or Prohibited Interventions?”, *Journal of Conflict & Security Law* Vol. 17, No. 2 (2012), pp. 211-227, p. 215.

¹⁰¹ Wales Summit Declaration, Issued by the Heads of State and Government participating in the meeting of the North Atlantic Council in Wales, 05 Sep. 2014: “Cyber attacks can reach a threshold that threatens national and Euro-Atlantic prosperity, security, and stability. Their impact could be as harmful to modern societies as a conventional attack. We affirm therefore that cyber defence is part of NATO’s core task of collective defence. A decision as to when a cyber attack would lead to the invocation of Article 5 would be taken by the North Atlantic Council on a case-by-case basis”.

63. A este respecto, tanto el Manual de Tallin 2.0 como, más recientemente, el Ministerio de Defensa francés, determinan que la acumulación de los efectos de varios ciberataques que individualmente considerados no serían suficientes para ser considerados como ataque armado puede traspasar el umbral requerido para alegar el derecho de legítima defensa¹⁰². Francia encuentra apoyo para esta afirmación en la sentencia del Tribunal Internacional de Justicia en el asunto de las plataformas petrolíferas, en el que el Tribunal no descartó el criterio de evaluar si una serie de ataques contra los Estados Unidos constituye un ataque armado¹⁰³. En un sentido similar, una comunicación de la Comisión de 2016 señalaba que varias amenazas híbridas, como podrían ser varios ciberataques, pueden constituir una “agresión armada” en el sentido del artículo 42, apartado 7, TUE¹⁰⁴.

64. A nuestro juicio, tal y como sostienen algunos miembros del grupo de expertos del Manual de Tallin 2.0¹⁰⁵, y más recientemente GUTIERREZ ESPADA¹⁰⁶, un ciberataque que cause una grave perturbación en sistemas esenciales para la vida de los ciudadanos de un Estado, aunque no suponga daños físicos significativos, sí que permitiría la invocación del derecho de legítima defensa por parte del Estado afectado. A este respecto, gobiernos relevantes en el ciberespacio como Francia¹⁰⁷ y el Reino Unido¹⁰⁸, han señalado que ciberataques de este tipo pueden ser definidos como usos de la fuerza, generadores por tanto en el Estado afectado del derecho a adoptar contramedidas o de invocar la legítima defensa en función de sus efectos. Asimismo, recientemente Singapur ha expresado también públicamente esta conclusión en términos inequívocos: “In Singapore’s view, it is also possible that, in certain limited circumstances, malicious cyber activity may amount to an armed attack even if it does not necessarily cause death, injury, physical damage or destruction, taking into account the scale and effects of the cyber activity. An example might be a targeted cyber operation causing sustained and long-term outage of Singapore’s critical infrastructure.”¹⁰⁹

65. Por último, cabe preguntarse si un ciberataque que no haya sido aún perpetrado puede generar el derecho a la legítima defensa. Este supuesto es distinto de lo que algunos autores denominan

¹⁰² M. N. SCHMITT (editor general), *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*, Cambridge University Press, 2017, Regla 71, comentario 11, p. 342: “An important issue is whether a State may exercise the right of self-defence in response to a series of cyber incidents that individually fall below the threshold of an armed attack. In other words, can they constitute an armed attack when aggregated? The International Group of Experts agreed that the determinative factor is whether the same originator (or originators acting in concert) has carried out smaller-scale incidents that are related and that taken together meet the requisite scale and effects. If there is convincing evidence that this is the case, there are grounds for treating the incidents as a composite armed attack”; Ministère des Armées. République Française, *Droit International appliqué aux opérations dans le cyberspace*, 9 septembre 2019, cit., p. 9.

¹⁰³ Asunto de las plataformas petrolíferas, ICJ Reports/CIJ Recueil 2003, párrafo 64. En efecto, en aquel caso el Tribunal afirmó “the question is whether that attack, either in itself or in combination with the rest of the “series of. . . attacks” cited by the United States can be categorized as an “armed attack” on the United States justifying self-defence [y concluyó el párrafo señalando que] Even taken cumulatively, and reserving, as already noted, the question of Iranian responsibility, these incidents do not seem to the Court to constitute an armed attack on the United States, of the kind that the Court, in the case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, qualified as a “most grave” form of the use of force”.

¹⁰⁴ Comunicación conjunta al Parlamento Europeo y al Consejo, Comunicación conjunta sobre la lucha contra las amenazas híbridas Una respuesta de la Unión Europea, Bruselas, JOIN/2016/018 final, p. 18: “A diferencia del artículo 222 del TFUE, si varias amenazas híbridas graves constituyen una agresión armada contra un Estado miembro de la UE, podría invocarse el artículo 42, apartado 7, del TUE para aportar una respuesta adecuada en el momento oportuno”.

¹⁰⁵ M. N. SCHMITT (editor general), *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*, Cambridge University Press, 2017, Regla 71, comentario 12, p. 342.

¹⁰⁶ C. GUTIERREZ ESPADA, *DE LA LEGÍTIMA DEFENSA Y EL CIBERESPACIO*, CIT., , pp. 44-45, PÁRRAFO 27.

¹⁰⁷ Ministère des Armées. République Française, *Droit International appliqué aux opérations dans le cyberspace*, 9 septembre 2019, cit., p. 7.

¹⁰⁸ MINISTRY OF DEFENCE (DEVELOPMENT, CONCEPTS AND DOCTRINE CENTRE). *Cyber Primer*. Second edition, July 2016, pp. 1-100 (disponible en www.gov.uk/mod/dcdc), p. 13 (apartado 1A.5 del Anexo 1A de su capítulo 1): “A cyber operation may constitute a use of force if it causes the same or similar effects as a kinetic attack (...) Such as a sustained attack against the UK banking system, which could cause severe financial damage to the state leading to a worsening economic security situation for the population”.

¹⁰⁹ Official compendium of voluntary national contributions on the subject of how international law applies to the use of information and communications technologies by States, cit., p. 84, apartado 8.

interceptive self-defence, esto es, la invocación de la legítima defensa ante un ataque lanzado, en curso, pero que aún no ha desencadenado sus efectos, respecto del que, en nuestra opinión, sería aplicable la legítima defensa si, por sus potenciales efectos, el ciberataque es muy grave¹¹⁰.

66. En este contexto, el Manual de Tallin 2.0 considera que cabe invocar la legítima defensa contra ciberataques inminentes¹¹¹, esto es, no perpetrados o lanzados aún, lo que resultaría conforme con el Derecho internacional general¹¹², aunque algunos autores discrepan¹¹³. Por el contrario, el Manual de Tallinn 2.0 rechaza, y aquí el apoyo doctrinal es mayor¹¹⁴, la legítima defensa contra ciberataques latentes o futuros, esto es, el lanzamiento de un ataque preventivo contra un potencial agresor (o legítima defensa preventiva),¹¹⁵ que también ha sido categóricamente rechazada por Estados como Francia,¹¹⁶ y Brasil.¹¹⁷

67. En relación con lo anterior, no resulta sencillo precisar en qué momento se está ante un ataque “inminente”, y por tanto se puede lanzar una operación avalada por el derecho de legítima defensa. A este respecto, la mayoría de miembros del grupo de expertos encargados de la redacción del Manual de Tallin 2.0 consideró que ese momento llega cuando el atacante está claramente comprometido a lanzar un ataque armado y el Estado víctima perderá su oportunidad de defenderse eficazmente a menos que actúe. En otros términos, sólo cabe actuar anticipadamente durante *el último lapso de oportunidad* para defenderse de un ataque armado que se avecina (the ‘last feasible window of opportunity’ standard)¹¹⁸. Algunos Estados, como Australia, han defendido esta figura poniendo como ejemplo ciberataques graves:

“[A] state may act in anticipatory self-defence against an armed attack when the attacker is clearly committed to launching an armed attack, in circumstances where the victim will lose its last opportunity to effectively defend itself unless it acts. This standard reflects the nature of contemporary threats, as well as the means of attack that hostile parties might deploy. Consider, for example, a threatened armed

¹¹⁰ Véase a este respecto, por ejemplo, T. GAZZINI, “The Changing Rules on the Use of Force in International Law”, *Juris*, 2005, pp. 151-153. En el caso de los ciberataques, por su propia naturaleza se despliegan a gran rapidez por lo que la utilidad de esta figura sería, en todo caso, limitada.

¹¹¹ M.N. SCHMITT (editor general), *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*, Cambridge University Press, 2017, Regla 73, p. 350: “The right to use force in self-defence arises if a cyber armed attack occurs or is imminent. It is further subject to a requirement of immediacy”.

¹¹² Véase a este respecto, por ejemplo, la resolución del Instituto de Derecho Internacional en su sesión de Santiago de Chile (10 A Resolución, 27 de octubre de 2007: “Problèmes actuels du recours à la force en droit international. A. Légitime défense”) párr. 3. : “El derecho de legítima defensa del Estado víctima nace ante un ataque armado (“agresión armada”) en curso de realización o manifiestamente inminente (...)”.

¹¹³ F. DELERUE, *Cyber operations and international law*, Cambridge University Press, 2020, p. 476: “pre-emptive self-defence is highly controversial and not accepted by most States or the literature. This book adheres to the view that pre-emptive self-defence is invalid under positive international law. Moreover, pre-emptive self-defence, even if it was accepted as a *de lege lata* right of the targeted State, would be of very little help in the context of cyber operations”.

¹¹⁴ Véase a este respecto, por ejemplo, A. RANDELZHOFFER Y G. NOLTE, “Article 51” en Simma, B. et al (eds), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Oxford University Press, 2012, p. 1423.

¹¹⁵ M.N. SCHMITT (editor general), *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*, Cambridge University Press, 2017, Regla 73, comentario 10, p. 353: “The International Group of Experts agreed that a preventive strike, that is, one against a prospective attacker who has not initiated any preparations or expressed either impliedly or explicitly an intention to carry out an armed attack, does not qualify as a lawful exercise of anticipatory self-defence”.

¹¹⁶ Ministerio de Defensa de Francia, *International Law Applied to Operations in Cyberspace*, 9 Septiembre de 2019, cit., p. 9.

¹¹⁷ Official compendium of voluntary national contributions on the subject of how international law applies to the use of information and communications technologies by States, cit., p. 20: “For Brazil, the right to self-defence exists once there is an actual or imminent armed attack. Under international law, there is no right to “preventive self-defence” - a notion that does not find legal grounds neither in art. 51 of the Charter nor in customary international law. Finally, as with responses to armed activities using conventional weapons, self-defence against armed attacks caused by digital means must be necessary and proportionate.”

¹¹⁸ Id., Regla 73, comentario 4, p. 351. Los expertos añaden que lo relevante es determinar en qué momento el Estado víctima debe actuar pues, de lo contrario, se quedaría sin posibilidades de hacerlo: “This window may present itself immediately before the attack in question, or, in some cases, long before it occurs. For these Experts, the critical question is not the temporal proximity of the anticipatory defensive action to the prospective armed attack, but whether a failure to act at that moment would reasonably be expected to result in the State being unable to defend itself effectively when that attack actually starts”.

attack in the form of an offensive cyber operation, ...which could cause large-scale loss of human life and damage to critical infrastructure. Such an attack might be launched in a split-second. Is it seriously to be suggested that a state has no right to take action before that split-second?"¹¹⁹

68. Conviene, no obstante, alertar sobre el uso de esta figura pues, si finalmente el ciberataque no se produjera, o aun produciéndose no reuniera los efectos exigidos, la reacción armada del Estado víctima del ciberataque se convertiría en una violación del artículo 2.4 de la Carta de Naciones Unidas, y daría lugar, aquí sin duda, al derecho de legítima defensa, individual o colectiva, del Estado agredido. Además, cabe recordar a este respecto que, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia, la legítima defensa está sometida a los requisitos de necesidad y proporcionalidad, que deberán ser acreditados por el Estado que la invoca¹²⁰, y que no resultan fáciles de probar en el caso de una respuesta armada a un ciberataque, pues podría parecer más ajustado a estos requisitos tratar de repeler sus efectos.

69. En suma, a tenor de lo anterior, el artículo 51 de la Carta puede ser legítimamente invocado en caso de ciberataque que resulte en la muerte o lesión de personas, cause daños físicos, o suponga la destrucción de bienes de manera significativa, especialmente infraestructuras críticas. Además, consideramos que se puede invocar también en caso de ciberataques que, sin causar daños físicos, supongan una perturbación grave en servicios esenciales para la vida de los ciudadanos de un Estado miembro. Por último, con arreglo al Derecho internacional general, y a la interpretación que del mismo se hace en el Manual de Tallin 2.0, se puede alegar también la legítima defensa en caso de un ciberataque inminente cuya perpetración fuera susceptible de provocar los graves efectos mencionados en este párrafo.

70. Por otro lado, conviene también interrogarse sobre si los ciberataques deben ser imputados necesariamente a Estados para poder invocar el derecho de legítima defensa. A este respecto, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia, el artículo 51 de la Carta de Naciones Unidas reconoce “la existencia de un derecho inmanente de legítima defensa en caso de ataque armado de un Estado *contra otro*”¹²¹. Por tanto, para su invocación es necesario que el ataque, o en este caso ciberataque, haya sido perpetrado por las fuerzas armadas de un Estado o, de conformidad con el artículo 3(g) de la definición de agresión por “El envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados, o su sustancial participación en dichos actos”¹²².

71. Como ha precisado GUTIÉRREZ ESPADA¹²³, esta interpretación del derecho de legítima defensa ha sido cuestionada por instituciones relevantes, como el Instituto de Derecho Internacional, que en 2007 abrió la puerta –de manera cautelosa– a su invocación frente a actores no estatales¹²⁴, o el Comité

¹¹⁹ Gobierno de Australia ‘Australia’s position on how international law applies to State conduct in cyberspace’, disponible en el siguiente enlace: <https://www.internationalcybertech.gov.au/our-work/annexes/annex-b>

¹²⁰ Véase a este respecto, entre otras, la sentencia en el asunto de las plataformas petrolíferas *ICJ Reports/CIJ Recueil 2003*, párrafo 43: “[...]the criteria of necessity and proportionality must be observed if a measure is to be qualified as self-defence”.

¹²¹ Dictamen consultivo de 9 de julio de 2004, *ICJ Reports-CIJ Recueil*, párrafo 139; Véase también la sentencia de 19 de diciembre de 2005, *ICJ Reports-CIJ Recueil*, párrafos 146-147, en la que el Tribunal insiste en la necesidad de atribuir los ataques a un Estado, en este caso la República Democrática del Congo. De hecho, como ha subrayado GUTIÉRREZ ESPADA, del primer asunto no cabe desprender categóricamente la conclusión de que se excluye el derecho de legítima defensa en aquellos casos en que el ataque en cuestión tenga origen extranjero. C. GUTIÉRREZ ESPADA, *De la legítima defensa y el ciberespacio*, cit., pp. 13-14, párrafo 14.

¹²² Resolución 3314 de las Naciones Unidas sobre definición de la agresión, Asamblea general A/RES/29/3314, Vigésimo noveno período de sesiones, 14 diciembre 1974, Anexo, artículo 3(g).

¹²³ Véase la evolución de esta figura en C. GUTIÉRREZ ESPADA, *De la legítima defensa y el ciberespacio*, cit., pp. 13-22, párrafos 14-17.

¹²⁴ “Problèmes actuels du recours à la force en droit international. A. Légitime défense”, 10.ª resolución de 27 de octubre de 2007, párrafo 10, i y ii.

sobre el Uso de la Fuerza de la ILA en 2016¹²⁵. Asimismo, en los últimos años, Dinamarca¹²⁶, Rusia¹²⁷, y especialmente Estados Unidos, este último con mayor claridad y decisión que los demás¹²⁸, han respaldado la aplicación de la legítima defensa frente a actores no estatales¹²⁹, a la que no se habría opuesto la resolución 2249 (2015) del Consejo de Seguridad, de 20 de noviembre.

72. En efecto, mediante esta resolución, y por unanimidad, los miembros del Consejo de Seguridad de Naciones exhortaban a los Estados Miembros de esta organización “que tengan capacidad para hacerlo a que adopten todas las medidas necesarias, de conformidad con el derecho internacional, en particular la Carta de las Naciones Unidas y el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional de los refugiados y el derecho internacional humanitario, sobre el territorio que se encuentra bajo el control del EIIL, también conocido como Daesh, en Siria y el Iraq, redoblen y coordinen sus esfuerzos para prevenir y reprimir los actos terroristas cometidos específicamente por el EIIL [...]”¹³⁰. Esta resolución, que no fue adoptada en el marco del Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, el que permite al Consejo de Seguridad autorizar el uso de la fuerza, y que no menciona la institución de la legítima defensa, es sin embargo considerada como otro refrendo, sino jurídico al menos político, a la lucha internacional contra el Daesh en Siria, y en concreto a las medidas adoptadas por Francia, promotora de la resolución¹³¹.

73. A este respecto, como afirman GUTIÉRREZ ESPADA Y CERVELL HORTAL con base en los textos mencionados, así como en otros como el Manifiesto presentado por el Centro de Derecho Internacional de la Universidad Libre de Bruselas en 2016 “no parece razonable (...) que un Estado al que actores no estatales que operan desde el territorio de otro (*incapaz de evitarlo o controlarlo y sin que el Consejo de Seguridad adopte las medidas apropiadas*) atacan con las armas de manera continuada no pueda, bajo la cobertura del Derecho, reaccionar con las armas contra las bases e instalaciones de esos grupos armados”¹³². Esta afirmación es extrapolable al caso de ciberataques cometidos no por grupos armados sino por agentes cibernéticos.

74. No obstante, algunos Estados como Brasil han expresado recientemente su oposición a la posibilidad de invocar la legítima defensa frente a actos cometidos por actores no estatales en el ámbito cibernético, habida cuenta precisamente de sus características especiales: “[...]self-defense is only triggered by an armed attack undertaken by or attributable to a State. It is not possible to invoke self-defense as a response to acts by non-State actors, unless they are acting on behalf or under the effective control of a state. This norm becomes even more relevant with cyber operations, where technical, legal and operational challenges to determine attribution might make it impossible to verify potential abuses of the right of self defense, which in turns creates the risk of low impact persistent unilateral military action undermining the collective system established under the Charter.”¹³³

¹²⁵ Draft Report on Aggression and the Use of Force (may 2016), Johannerbug Conference [2016], Use of Force, pp. 1-20, p. 10.

¹²⁶ Gobierno de Dinamarca, “Denmark’s Position Paper on the Application of International Law in Cyberspace”(4 Julio de 2023), página 7 (452).

¹²⁷ Sesión sobre la investigación del accidente de una aeronave rusa en el Sinaí (17 de noviembre de 2015), <http://en.Kremlin.ru/events/president/news/50707>. Reproducido en Sentinelle, bulletin 453, 22.

¹²⁸ Report on the legal and policy framework guiding the United States’ use of military force and related national security operations, The White House, december 2016, pp. 1-61, pp. 9-10.

¹²⁹ Sobre la evolución de la práctica estatal y del debate relativo a la invocación de la legítima defensa frente a actores no estatales véase M.J. CERVELL HORTAL, *La legítima defensa en el derecho internacional contemporáneo: (nuevos tiempos, nuevos actores, nuevos retos)*, cit., pp. 208-244. Véase también, M. J. CERVELL HORTAL, Sobre la doctrina “unwilling or unable State” (¿podría el fin justificar los medios?), *Revista española de derecho internacional*, Vol. 70, N.º 1, 2018, pp. 77-100, *Revista española de derecho internacional*, Vol. 70, N.º 1, 2018, pp. 77-100, en pp. 84-87.

¹³⁰ Resolución 2249 (2015) de 20 de noviembre de 2015, S/RES/2249 (2015), apartado 5.

¹³¹ Véase en relación con esta resolución, *inter alia*, L. N. GONZÁLEZ ALONSO “¿Daños jurídicos colaterales?: La invocación del artículo 42.7 del Tratado de la Unión Europea y la lucha contra el terrorismo internacional”, cit., p. 17.

¹³² C. GUTIÉRREZ ESPADA / M. J. CERVELL HORTAL, *El Derecho internacional (Corazón y Funciones)* cit., p. 550, párrafo 18 del capítulo 12.

¹³³ Official compendium of voluntary national contributions on the subject of how international law applies to the use of

75. A nuestro juicio, a la vista de la evolución mencionada, y especialmente de las características del ciberespacio –en el que resulta extremadamente difícil, aun deseando hacerlo, controlar las actividades de ciberdelincuentes– se debe permitir responder a ciberataques perpetrados por actores no estatales. Esta opinión viene respaldada además por dos argumentos particularmente relevantes:

- (v) la mayoría de expertos del Manual de Tallin 2.0 considera la legítima defensa aplicable a ciberataques de actores no estatales, a pesar de reconocer que la jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia no avala aún esta tesis¹³⁴; y
- (vi) el artículo 42.7 TUE, la denominada cláusula de asistencia mutua de la Unión Europea, que se refiere al artículo 51 de la Carta de Naciones Unidas, ya ha sido aplicado en respuesta a actos llevados a cabo por actores no estatales, en particular cuando Francia lo invocó en noviembre de 2015 en respuesta a los atentados del Daesh en territorio francés.

76. En relación con el primer argumento, conviene no obstante ser cauto respecto del valor de la opinión del Manual de Tallinn que, como el propio texto indica, no es un documento oficial sino la opinión de expertos independientes que actúan únicamente a título personal¹³⁵. A este respecto, el Manual de Tallinn no codifica la costumbre internacional ni puede representar la *opinio iuris* de los Estados de nacionalidad de los expertos participantes sino que constituye una expresión de la doctrina de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, con arreglo al artículo 38(d) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia¹³⁶.

77. Por otro lado, el hecho de que los expertos participantes en el Manual de Tallinn provengan mayoritariamente de Estados con una visión similar del Derecho internacional, como Reino Unido, Estados Unidos, o Australia ha facilitado los avances en la redacción del Manual, y que éste sea muy detallado. Lo anterior contrasta con las dificultades del Grupo de Expertos de Naciones Unidas, mucho más diverso, para precisar principios generales aplicables al ciberespacio. El Manual de Tallin 2.0 puede, en este contexto, resultar útil para marcar el camino hacia el que podría dirigirse la comunidad internacional en el futuro¹³⁷.

78. En relación con el segundo argumento, el Presidente francés François Hollande invocó el artículo 42.7 TUE tras los atentados de París de 13 de noviembre de 2015 perpetrados por un agente no estatal, el Daesh. Pocos días después, los entonces 27 Estados miembros de la UE restantes respaldaron de manera unánime esta decisión, y se pusieron a disposición de Francia para prestar a este Estado miembro su ayuda y asistencia¹³⁸.

information and communications technologies by States, UNODA, A/76/136, Agosto de 2021, posición de Brasil, apartado 3 relativo al uso de la fuerza, p. 20.

¹³⁴ M. N. SCHMITT (editor general), *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*, Cambridge University Press, 2017, Regla 71, comentario 19: “A majority of the International Group of Experts concluded that State practice has established a right of self-defence in the face of cyber operations at the armed attack level by non-State actors acting without the involvement of a State, such as terrorist or rebel groups”. Para el rechazo a la tesis del TIJ véase el comentario 18: “For its part, the International Court of Justice does not seem to have been prepared to adopt this approach, although it appears that there is a lack of unanimity on the Court in this regard”.

¹³⁵ Id., p. 2: “It is essential to understand that Tallinn Manual 2.0 is not an official document, but rather the product of two separate endeavours undertaken by groups of independent experts acting solely in their personal capacity”.

¹³⁶ WH BOOTHBY, “Cyber Capabilities”, en WH BOOTHBY, WH (ed.), *New Technologies and the Law in War and Peace*, Cambridge University Press, 2018, p. 89.

¹³⁷ Id., p. 133: “The UN GGE process can demonstrate that it is only by including experts from a representative selection of States that an inevitably less detailed, more generalised set of provisions can be achieved. It will then be those that consider that extant law goes further than the GGE experts have acknowledged that will be dissatisfied. Curiously, therefore, neither process generates unanimity of view in the short term. Arguably, it is the kind of process associated with the Tallinn Manuals that will set a more prescriptive legal agenda for the global community to, perhaps gradually, move towards.”

¹³⁸ Outcome of the Council Meeting: 2426th Council meeting–Foreign Affairs, 6, 14120/15 (Nov. 17), p. 6: “Defence ministers discussed the reaction to the Paris attacks of 13 November 2015. French President François Hollande had invoked article 42(7) of the Treaty on European Union, requesting bilateral aid and assistance from the other EU member states. Ministers

79. En efecto, la invocación de la cláusula de defensa mutua permitió a Francia reforzar su interpretación sobre la licitud de la legítima defensa en caso de ataque terrorista por parte de actores no estatales mediante acciones militares fuera de su territorio, en concreto en Siria, un Estado que no ha dado su consentimiento para que se bombardee su territorio —o al menos no a Francia—¹³⁹ y que no se puede afirmar que dirija o sea responsable de las actuaciones del Daesh.

80. A este respecto, el apoyo, por unanimidad, de los Estados miembros de la Unión Europea a Francia cuando invocó la cláusula de defensa mutua constituye sin duda un aval a la tesis francesa de que había sido víctima de una *agresión armada* por parte del Daesh, y de que tenía derecho a la legítima defensa “de conformidad con el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas”, tal y como estipula el artículo 42(7) TUE. El Parlamento Europeo habría avalado también el empleo del artículo 42(7) TUE en el marco de la legítima defensa de la Carta de Naciones Unidas al afirmar que “una vez que Francia ha invocado la cláusula de defensa mutua, los demás Estados miembros están obligados a prestarle ayuda y asistencia con todos los medios a su alcance, de conformidad con el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas [...]”¹⁴⁰. Sin embargo, Francia ha afirmado rotundamente en fechas más recientes que no considera aceptable la invocación del derecho de legítima defensa frente a actos llevados a cabo por actores no estatales, y que su invocación en el caso del Daesh fue excepcional y condicionada por el carácter de *quasi-Estado* de dicha organización terrorista¹⁴¹, algo que ya defendió también en 2015¹⁴².

81. En suma, a nuestro juicio la legítima defensa resulta también invocable en caso de un ciberataque perpetrado por actores no estatales cuyos graves efectos sean similares a los de un ataque armado.

III. Conclusiones

82. A la luz de las consideraciones anteriores, se pueden formular las siguientes conclusiones:

83. *En primer lugar*, en los últimos años, numerosos estudios y posicionamientos oficiales de Estados y organizaciones oficiales como la Unión Europea han avalado la adopción de medidas de autotutela en respuesta a ciberataques con arreglo a Derecho internacional, y precisado las particularidades de su aplicación al ámbito cibernético.

84. *En segundo lugar*, en relación con las medidas de retorsión, cabe destacar su posible aplicación en respuesta a operaciones cibernéticas no sólo ilícitas sino también hostiles, así como su posible adopción de manera colectiva por parte de organizaciones internacionales, habiéndose incluido a este respecto como ejemplo el régimen de sanciones frente a actividades cibernéticas malintencionadas vigente en la Unión Europea.

expressed their unanimous and full support for France and their readiness to provide all the necessary aid and assistance. In the coming days France will have bilateral discussions with other member states”.

¹³⁹ Siria podría haber dado su consentimiento a Rusia y a Irán con este fin. Véase a este respecto D. AKANDE Y M. MILANOVIC, “The Constructive Ambiguity of the Security Council’s ISIS Resolution”, EJIL: Talk!, Blog of the European Journal of International Law, publicado el 21 de noviembre de 2015.

¹⁴⁰ Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de enero de 2016, sobre la cláusula de defensa mutua (artículo 42, apartado 7, del TUE) (2015/3034(RSP)), apartado D.

¹⁴¹ Ministère des Armées. République Française, *Droit International appliqué aux opérations dans le cyberspace*, 9 septembre 2019, cit., p. 9 : “Conformément à la jurisprudence de la CIJ, la France ne reconnaît pas l’extension du droit de légitime défense à des actes perpétrés par des acteurs non-étatiques dont l’action ne serait pas attribuable, directement ou indirectement, à l’État[...]La France a pu invoquer exceptionnellement la légitime défense à l’encontre d’une agression armée perpétrée par un acteur présentant les caractéristiques d’un “quasi-État” comme elle l’a fait pour son intervention en Syrie face au groupe terroriste Daech. Toutefois, ce cas exceptionnel ne saurait constituer l’expression définitive d’une reconnaissance de l’êtrement du concept de légitime défense à des actes perpétrés par des acteurs non-étatiques intervenant sans le soutien direct ou indirect d’un État”.

¹⁴² Véase a este respecto C. GUTIÉRREZ ESPADA Y M.J. CERVELL HORTAL, *El Derecho internacional (Corazón y Funciones)* cit., pp. 550-551, párrafo 19 del capítulo 12. Véase también F. ALABRUNE, “Fondaments juridiques de l’intervention militaire française contre Daech en Irak et en Syrie”, *Révue Générale de Droit International Public*, cit. pp. 45-46.

85. Además, las medidas de retorsión presentan ciertas ventajas respecto del resto de medidas de autotutela. En particular, al tratarse de medidas lícitas, no están sujetas a los requisitos procesales y sustantivos de las contramedidas, especialmente en lo tocante a la observancia del principio de proporcionalidad y a la ausencia de obligación de notificar al Estado que ha llevado a cabo el acto hostil o ilícito con carácter previo a su adopción, y menos aún de las exigencias de la legítima defensa. Se ajustan, además, mejor a nuestro juicio al espíritu de los principios fundamentales de la Carta de Naciones Unidas como el de soberanía y no intervención, y en particular a la resolución pacífica de controversias.

86. *En tercer lugar*, en relación con las contramedidas, resulta especialmente reseñable la reciente discusión sobre la licitud de las contramedidas colectivas en respuesta a ciberataques, motivada especialmente por las posiciones recientemente adoptadas por la Unión Europea, que pueden allanar el camino para el desarrollo progresivo del Derecho internacional en este ámbito,¹⁴³ en particular aceptando en algunos casos limitados las contramedidas colectivas adoptadas en respuesta a ciberataques graves y a petición del Estado perjudicado, de conformidad también con lo previsto en el apartado 5 del artículo 3 y el artículo 21 del TUE.

87. No obstante, esta posición no parece contar, hasta la fecha, con suficiente práctica estatal y *opinio iuris*, y de hecho se enfrenta a notables limitaciones y riesgos para el Estado, o Estados que decidan adoptarlas. En particular, junto a las dudas relativas a la licitud de las contramedidas colectivas, cabe recordar que incluso en casos de contramedidas bilaterales emprendidas por el Estado lesionado contra el infractor es difícil atribuir con la necesaria precisión la responsabilidad internacional por el hecho internacionalmente ilícito a un Estado. Además, con frecuencia las contramedidas se adoptarían una vez que la actividad cibernética maliciosa ha finalizado, lo que pone en serio entredicho la función instrumental y no punitiva de las mismas. A este respecto, como se ha expuesto, de conformidad con la jurisprudencia internacional, las contramedidas se deben llevar a cabo para obligar o convencer al Estado infractor para que cese la ciberactividad maliciosa, y no posteriormente con carácter punitivo.

88. A este respecto, como ha señalado el Gobierno de China públicamente, el recurso a las contramedidas, así como al uso de la fuerza y otras medidas disuasorias debería evitarse en aras de preservar la paz: “Countries should discuss application of international law in the manner conducive to maintain peace, avoid introducing force, deterrence and countermeasures into cyberspace, so as to prevent arms race in cyberspace and reduce risks of confrontation and conflicts.”¹⁴⁴ Cabe recordar también, como hizo el grupo de expertos de Naciones Unidas en su informe de 2015, que “En su utilización de las TIC, los Estados deben observar, entre otros principios del derecho internacional, la soberanía de cada Estado, la igualdad soberana, la solución de controversias por medios pacíficos y la no intervención en los asuntos internos de otros Estados”¹⁴⁵ A nuestro juicio, el recurso a las contramedidas en general, y especialmente en el ámbito cibernético, es susceptible de dificultar el cumplimiento del principio de solución de controversias por medios pacíficos previsto en el artículo 2.3 de la Carta de Naciones Unidas, según el cual “Los Miembros de la Organización arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia.”

¹⁴³ Sobre la evolución de esta figura y la existencia de argumentos a favor del desarrollo del Derecho internacional en el sentido de su posible aceptación véase P. ROGUSKI, “Collective Countermeasures in Cyberspace – Lex Lata, Progressive Development or a Bad Idea?”, Conference paper, Conference: 2020 12th International Conference on Cyber Conflict (CyCon), pp. 1-18, at p. 17.

¹⁴⁴ Declaración del Consejero SUN Lei de la Delegación China en el Debate Temático sobre Seguridad de la Información y Ciberseguridad en la Primera Comisión del 72º Período de Sesiones de la AGNU, (23 Octubre de 2017, disponible en el siguiente enlace: http://un.china-mission.gov.cn/eng/chinaandun/disarmament_armscontrol/unga/201710/t20171030_8412335.htm

¹⁴⁵ A/70/174, Septuagésimo período de sesiones Tema 93 del programa provisional* Avances en la esfera de la información y las telecomunicaciones en el contexto de la seguridad internacional, Informe del Grupo de Expertos Gubernamentales sobre los Avances en la Información y las Telecomunicaciones en el Contexto de la Seguridad Internacional apartado 28(b), p. 16.

89. Finalmente, en relación con la posibilidad de invocar el derecho a la legítima defensa frente a ciberataques que puedan ser considerados como un ataque armado, llevado a cabo o inminente, la opinión de los Estados, así como de la doctrina especializada, avala la licitud de su invocación ante ciberataques graves que causen la muerte o lesión de personas, o incluso la destrucción o malfuncionamiento continuado de infraestructuras críticas, si bien alertan de las dificultades y riesgos que su aplicación conllevaría para la paz y seguridad internacionales. Asimismo, aunque con menos apoyo estatal y doctrinal, nos resulta aceptable su invocación ante ciberataques muy graves llevados a cabo por agentes no estatales siempre que revistan los requisitos de gravedad y efectos exigidos por la jurisprudencia internacional.

Derechos de los adultos vulnerables en situación transfronteriza: Orden público y adaptación

Rights of vulnerable adults in cross-border situations: Public policy and adaptation

SALOMÉ ADROHER BIOSCA

*Profesora Propia Ordinaria de Derecho internacional privado
Universidad Pontificia Comillas*

Recibido: 25.10.2023 / Aceptado:09.01.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8413

Resumen: En un contexto marcado por los que previsibles y necesarios cambios en nuestro Derecho de protección internacional de adultos vulnerables, analizo en este trabajo el relevante Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona 330/2022 de 19 de octubre que afronta la aplicación tanto de la excepción de orden público internacional como de la adaptación frente a sistemas jurídicos, como el marroquí, en los que perviven la incapacitación y la tutela de adultos. En relación a esta segunda cuestión haré alusión a dos interesantes sentencias de Tribunales superiores de Justicia que se refieren, novedosamente, al reconocimiento de la kafala de adultos marroquíes vulnerables en sede de Derecho de extranjería. Terminaré con una breve alusión a los problemas de Derecho interregional.

Palabras clave: Exequatur, reconocimiento, orden público, adaptación, incapacitación, tutela de adultos Kafala de adultos.

Abstract: In a context conditioned by the likely changes in our private international law on protection of vulnerable adults, I analyze the relevant Resolution of the Provincial Court of Barcelona 330/2022 of October 19 facing the non recognition of measures of incapacitation taken in Morocco, because they are against the new Spanish public policy and the adaptation of the guardianship of adults to equivalent institutions in Spanish law. I will also refer to two other resolutions, that give recognition to the kafalah of vulnerable Moroccan adults in the field of immigration law. I will finish with a reference to the problems of the plurilegislative framework in Spain.

Keywords: Exequatur, recognition, public policy, adaptation, incapacitation, adults guardianship, kafalah of adults.

Sumario: I. Antecedentes de hecho y resolución judicial. II. Cuestiones de Derecho internacional privado. III. Consideraciones finales.

I. Antecedentes de hecho y resolución judicial

1. El Derecho de protección internacional de adultos vulnerables va a sufrir previsiblemente, en los próximos años, importantes novedades derivadas del paquete legislativo hecho público en mayo del 2023 por la Comisión Europea consistente en dos propuestas; una Decisión del Consejo de la UE autorizando a los Estados miembros a convertirse en partes o seguir siéndolo, en interés de la Unión Europea, de la Convención de La Haya 13 de enero de 2000 sobre protección internacional de adultos

(CHPA)¹, y un Reglamento en la materia². Hasta ahora, la UE se había limitado a solicitar y urgir a los Estados miembros a ratificar el CHPA, pero esta nueva propuesta combinada parece ya la definitiva³.

2. En España, dando cumplimiento a lo exigido por la Convención de Naciones Unidas de Derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006 (CNUDPD⁴), la Ley 8/2021⁵ ha supuesto una modificación de gran calado en la regulación de los derechos de las personas con discapacidad en los ámbitos procesal, civil o notarial⁶, pero ha olvidado adaptar las normas del Derecho internacional privado a dicha CNUDPD⁷.

Por ello, y a la espera de que el paquete de medidas de la UE de mayo de 2023 nos conduzca, por fin, a ratificar la CHPA⁸, está siendo la jurisprudencia la que está dando soluciones novedosas y conformes a la CNUDPD en los supuestos que están llegando a los tribunales. Es el caso del Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona 330/ 2022 de 19 de octubre⁹ y de otras dos interesantes sentencias de TSJ a las que aludiré también¹⁰, que sin embargo, al referirse al reconocimiento de sentencias dictadas en Marruecos, país que tampoco es parte de la CHPA, no se verían afectadas por el nuevo paquete legislativo.

3. Los hechos son los siguientes. El juzgado de primera instancia otorgó en 2021 el exequatur a dos sentencias marroquíes: en la primera de 2016, se declaraba la incapacitación de un marroquí residente en España y se atribuía la tutela a su madre, y en la segunda de 2018, ante el fallecimiento de la madre, se nombraba tutora a la hermana. Ya en ese procedimiento, el Ministerio Fiscal se opuso al reconocimiento alegando que como consecuencia de las últimas reformas, estas resoluciones extranjeras eran contrarias al orden público español. A pesar de ello, el juzgado otorgó el exequatur considerando que no concurría ninguna de las causas de no reconocimiento previstas en el art. 11 del Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre la asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia, derecho de visita y devolución de menores, firmado en Madrid el 30-5-1997 (¡!). El Ministerio Fiscal recurrió el Auto por dos razones: aplicación in-

¹ Brussels, 31.5.2023 COM (2023) 281 final. Han sido varios, los estudios sobre la CHPA entre los que destacan: P. FRANZINA, *The Protection of Adults*, Hart Publishing 2022; V. BUNBACA, “The Hague Convention on the Protection of Adults: Plea for and Practice of an ‘Adult Approach’”. *Yearbook of Private international Law*, vol. 23, 2023, pp. 365-392; R. FRIMSTON, A. RUCK KEENE, C. D. VAN OVERDIJK, A. WARD, *The International Protection of Adults* Oxford University Press, Oxford, 2015.

² Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of measures and cooperation in matters relating to the protection of adults Brussels, 31.5.2023 COM(2023) 280 final. Un comentario a estas propuestas es el de GONZÁLEZ MARIMÓN, M. “Hacia una Unión Europea “de” las personas. Sobre la propuesta de la Comisión Europea sobre la protección de adultos vulnerables en situaciones transfronterizas”. *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2023), vol. 15, nº 2, pp. 420-445

³ P. FRANZINA, “La protección internacional de adultos vulnerables: un llamamiento a la acción a nivel de la U.E”, *Anuario Español de Derecho Internacional privado*, t. XVI, 2016, p. 130; P. FRANZINA, *La Convenzione dell’Aja sulla protezione internazionale degli adulti nella prospettiva della ratifica italiana’ Rivista di diritto internazionale*, 2015, pp. 748-814

⁴ BOE nº 96 de 21 de abril de 2008.

⁵ BOE núm. 132, de 3 de junio de 2021.

⁶ M. SERRANO RUIZ-CALDERÓN, F. LANGELAAN OSSET. “La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006. Una aproximación crítica a su adaptación al Derecho español y su reflejo en la jurisprudencia” *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2023), Vol. 15, nº 2, pp. 920-941.

⁷ C. PARRA RODRIGUEZ, “El cambio de paradigma de la discapacidad. *Anuario español de Derecho internacional privado* nº 21, 2020, pp. 65-88; S. ADROHER BIOSCA, “La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y el Derecho internacional privado”. En P.A. MUNAR BERNAT., *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad*. Marcial Pons, Madrid, 2021; pp.157-174.

⁸ S. ADROHER BIOSCA, “Firma y ratificación del Convenio de La Haya sobre Protección Internacional de los Adultos de 2000: un reto pendiente para España”. *SEPIN*. Junio 2021. SP/DOCT/11402; S. ADROHER BIOSCA, “La ratificación del Convenio de La Haya sobre protección de adultos de 2000 ante la reforma del Derecho español en materia de discapacidad”. En S. DE SALAS MURILLO, M.V. MAYOR DEL HOYO. *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*. Valencia, Tirant lo Blanch 2019, pp. 445-66; M. VARGAS GÓMEZ URRUTIA, “La protección internacional de adultos vulnerables: soluciones del Convenio de La Haya 2000 y argumentos sobre la (necesaria) adhesión de España” en M. HERRANZ BALLESTEROS, N. FEBLES POZO, *Protección de menores y discapacitados*. Colex 2023, pp.164-190.

⁹ ECLI:ES: APB:2022:4712A

¹⁰ Sentencias del TSJ de Madrid, núm. 737/2022 de 23 septiembre (ECLI: ECLI:ES: TSJM:2022:11625), y del TSJ de Castilla y León núm. 32/2022 de 4 febrero (ECLI:ECLI:ES:TSJCL:2022:607).

correcta de la normativa internacional e infracción del orden público español. Además, hizo una serie de consideraciones sobre la aplicación del art. 9.6 del CC un tanto desconcertantes, dado que este precepto no es aplicable en relación al reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras. Probablemente el Ministerio Fiscal estaría justificando, como alternativa al no reconocimiento propuesto, la adopción de medidas de apoyo *ex novo* en España y aplicando el Derecho español y de ahí la alusión a este precepto.

4. La Audiencia, en el Auto comentado, corrige al juzgado en la determinación de la norma aplicable al *exequatur* (Convenio bilateral de cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos de 25-6-1997 y Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional en materia civil, LCJIMC¹¹), y centra toda su argumentación en tres cuestiones: valorar si, efectivamente, es contraria al orden público español una sentencia extranjera basada en un sistema jurídico en el que persiste la incapacitación y el nombramiento de un tutor de mayores de edad; aplicar el mecanismo previsto en el artículo 44.4 de la LCJIMC para adaptar la tutela marroquí a la asistencia representativa del Derecho catalán¹²; y finalmente determinar como aplicable al caso el Derecho catalán a través de la adaptación.

II. Cuestiones de Derecho internacional privado

5. Son por tanto tres las cuestiones que plantea el Auto comentado: el “nuevo” orden público español en materia de discapacidad, el también “nuevo” mecanismo de la adaptación previsto en la LCJIMC y los problemas de Derecho interregional derivados de la aplicación del art. 9.6 del CC.

1. Orden público español frente a la incapacitación y nombramiento de tutor previsto en el Derecho extranjero

6. En primer lugar, la Audiencia no considera contraria al orden público internacional español¹³ la previsión del Derecho marroquí, insistiendo en el carácter excepcional de esta cláusula¹⁴, y precisando que el orden público del foro solo puede activarse frente a los efectos de la sentencia extranjera que fueran manifiestamente incompatibles con los principios fundamentales del Derecho del foro¹⁵. Sin embar-

¹¹ BOE 182 de 31 de julio de 2015.

¹² “La Audiencia deniega el reconocimiento de la primera sentencia de en tanto declara la incapacidad, pero se mantiene el reconocimiento de la segunda declarando que en lugar de la tutela, corresponde a hermana la asistencia con la misma extensión y ámbito que la tutela, es decir en todos los ámbitos de su vida y con facultades representativas, hasta que sea sustituida o modificada por la resolución que se dicte en el procedimiento instando por la Fiscalía”.

¹³ Me refiero al orden público internacional “español” porque, como muy bien señala J. CARRASCOSA GÓNZÁLEZ (“Orden público internacional y externalidades negativas”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 63, núm. 2065, 2008, p.15) “el orden público internacional es, realmente una cláusula de “contenido nacional”.

¹⁴ “Pese a que conforme a la legislación española no puede ya declararse la incapacidad de una persona y no puede tampoco constituirse una tutela, la Sala no comparte el criterio del Ministerio Fiscal que sostiene que las sentencias dictadas por los Tribunales de Marruecos son contrarias al orden público. Entendemos que el orden público solo se activa en el caso de una contradicción intolerable entre el resultado de la introducción de una resolución extranjera en el orden jurídico del Estado de destino y en el caso contemplado, aunque no cabe hablar ya de incapacitación, la situación de la persona afectada es tributaria de una medida de protección o ahora de apoyo. (...). En nuestro ordenamiento jurídico en tanto no se proceda a la revisión de las sentencias que limitan la modificación de la capacidad siguen habiendo supuestos en los que la declaración de incapacitación persiste y persiste también la medida adoptada, sea esta la tutela o la curatela. Después de la reforma introducida por la Ley 8/2021 y por el Decreto Ley 19/2021 de 31 de agosto por el que se adapta el Código Civil de Catalunya a la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad, deben adaptarse y revisarse las medidas adoptadas conforme a la regulación anterior. Y respecto al régimen transitorio se ha previsto que estas funciones de apoyo se ejerzan conforme a la nueva ley desde su entrada en vigor de manera que los tutores designados bajo el régimen anterior deben ejercer su cargo conforme a las disposiciones de la nueva ley”.

¹⁵ “Entendemos que el control del orden público no debe llevarse a cabo respecto de una determinada institución, sino respecto de los efectos que se derivan de la misma, no consiste en hacer un juicio en abstracto de compatibilidad de instituciones, sino de compatibilidad de efectos (doctrina del efecto atenuado)”. Esta mención al efecto atenuado es oportuna, porque,

go, finalmente realiza un reconocimiento parcial de la sentencia marroquí¹⁶; no reconoce la parte de dicha sentencia que establece la incapacitación por su contrariedad con el orden público español, pero sí la que determina la tutela que, sin embargo, adapta a la asistencia representativa prevista en nuestro Derecho¹⁷.

7. Esta resolución, pone sobre el tapete el nuevo orden público en esta materia, toda vez que todavía muchos países en el mundo siguen regulando la incapacitación y el nombramiento del tutor¹⁸, entre ellos, países de los que provienen numerosos extranjeros residentes en España¹⁹. Así, por ejemplo, a 31 de diciembre de 2022 residían en nuestro país 844.943 marroquíes, 138.204 ecuatorianos y 182.340 venezolanos²⁰ y en los sistemas jurídicos de estos tres países se prevé la incapacitación y el nombramiento del tutor. En el caso del Derecho marroquí; el libro IV de la Moudawana²¹ que se titula “de la capacidad y la representación legal”, prevé la incapacitación²² y la tutela dativa²³, figuras que se aplicaron en las sentencias marroquíes objeto de este procedimiento.

8. A día de hoy, la eventual activación del orden público en materia de protección de adultos en sede de Derecho aplicable es más que improbable²⁴. El punto de conexión del art. 9.6 del CC tras la reforma operada por Ley 26/2015 ya no es la nacionalidad sino la residencia habitual, coincidiendo con el foro de competencia judicial internacional de la LOPJ, cambio que fue acogido positivamente por la

efectivamente, la doctrina del orden público atenuado que generalmente se suscita en sede de Derecho aplicable, en sede de reconocimiento es plenamente aplicable casi siempre. Como se ha señalado “with regard to the recognition and enforcement of decisions, the attenuated effect of ordre public makes a distinction between, on the one hand the reaction of ordre public in the case of acquisition of a right in the forum and, on the other hand giving effect in the forum to a right acquired abroad without fraud according to a law which is applicable”. A. MILLIS, I. THOMAS, “Public Policy. (ordre public)”. J. BASSELOW, G. RÜHL., F. FERRARI, P. DE MIGUEL ASENSIO, (Eds.) *Encyclopedia of private international law*. 2017, EE. p.1458.

¹⁶ El reconocimiento parcial se ha recogido por primera vez, en los artículos 49 y 50.3 de la LCJIMC (Vid por ejemplo el comentario de N. MAGALLÓN ELÓSEGUI, “Reconocimiento y ejecución parcial de resoluciones judiciales extranjeras y orden público en la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil. Comentario al Auto de la Audiencia provincial de Guipuzcoa (Sección 2ª, num. 120/2018 de 9 de marzo”. *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2019), Vol. 11, nº 1, pp. 834-840), pero ya se aplicaba por los tribunales con anterioridad (puede verse s. ALVAREZ GONZALEZ, “Solicitud de reconocimiento parcial de sentencia extranjera de divorcio. Reconocimiento limitado a la condena al pago de alimentos”. *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 55, 2001, pp. 233-248).

¹⁷ “Procede denegar el reconocimiento de la sentencia (...) en tanto declara la incapacidad y dicho pronunciamiento quedaría sin efecto, pero se mantiene el reconocimiento de la sentencia (...). Se reconoce dicha resolución declarando que en lugar de la tutela, corresponde ... la asistencia ... con la misma extensión y ámbito que la tutela, es decir en todos los ámbitos de su vida y con facultades representativas, hasta que sea sustituida o modificada por la resolución que se dicte en el procedimiento instando por la Fiscalía”.

¹⁸ FRIMSTON, RUCK KEENE., VAN OVERDIJK. WARD, .Id.

¹⁹ S. ADROHER BIOSCA, “Derecho aplicable a las medidas de apoyo a la discapacidad en supuestos internacionales”. En M. PEREÑA VICENTE, Y M.M. HERAS HERNÁNDEZ, (Dir.) y M NÚÑEZ NÚÑEZ, (Coord.), *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 447-463.

²⁰ https://www.inclusion.gob.es/web/opi/estadisticas/catalogo/extranjeros_con_certificado

²¹ 7 Dahir núm. 1-04-22 de 3 de febrero de 2004 por el que se promulga la Ley 70-03 relativa al Código de la Familia, (BORM núm. 5184, de 5 de febrero de 2004). Destacados comentarios a esta ley: M.P. DIAGO DIAGO, “La nueva mudawana marroquí y el Derecho internacional privado”, *REDI*, vol. LVI, nº 2, 2004, pp. 1078-1083; G. ESTEBAN DE LA ROSA, (Dir). *La nueva Moudawana marroquí; entre la tradición y la modernidad*. Junta de Andalucía 2005. El Código de familia marroquí se encuentra actualmente en proceso de revisión.

²² Artículo 220. “La persona que perdió la razón, el pródigo y el deficiente mental son declarados incapaces por decisión del Tribunal, a partir del momento en que se establece que se encuentran en este estado. Recuperarán la capacidad, de acuerdo con las normas previstas en el presente Código, a partir de la fecha en la que hayan desaparecido las causas que determinaron la incapacidad”. Artículo 221. “La decisión que limita o restablece la capacidad se pronunciará a petición del interesado, del Ministerio Fiscal o de cualquier persona interesada”.

²³ Artículo 244: “En ausencia de la madre o del tutor testamentario, el juzgado nombrará un tutor dativo para el incapaz, eligiéndolo entre los parientes próximos más aptos (Âsaba). En su defecto, el tutor dativo deberá elegirse entre los demás parientes próximos y, sino, entre terceros. El juzgado podrá nombrar dos o más tutores dativos en interés del incapaz. En este caso, establecerá las competencias de cada uno de ellos. Los miembros de la familia, los solicitantes de la incapacitación y cualquier persona interesada podrán proponer un candidato como tutor dativo. El juzgado podrá, en caso de necesidad, nombrar un tutor dativo provisional”.

²⁴ Un estudio clásico en la materia es el de M. AGUILAR NAVARRO, “El orden público en el Derecho internacional privado”. *REDI* vol 6, nº 2 (1953) pp 33-81.

doctrina²⁵. Por tanto, en las demandas de medidas de apoyo presentadas en España respecto de extranjeros residentes aquí, se aplicará el Derecho español. Esto es precisamente, lo que plantea el Ministerio fiscal en el recurso del caso analizado. Por otra parte, en estos supuestos, la posible aplicación del 9.1 si se solicitara en España una incapacitación de un extranjero cuya ley nacional contemple esta figura, es hoy prácticamente impensable²⁶, aunque alguna sentencia anterior a la Ley 8/2021 así lo hiciera²⁷.

9. Sin embargo, como sucede en el Auto analizado, la activación del orden público en sede de reconocimiento es previsible que se plantee. Y en este ámbito, debe aplicarse la doctrina del orden público atenuado, toda vez que, salvo casos de *fórum shopping*, siempre nos encontramos, como en este Auto, con situaciones ya constituidas legalmente en el extranjero²⁸. La pregunta, entonces, es la siguiente: ¿Son realmente contrarias al orden público español la incapacitación y la tutela de adultos?²⁹.

10. Podría argumentarse que la Constitución española no ha cambiado, y una mera reforma de legalidad ordinaria no afecta al sistema de derechos y libertades individuales que están en juego al aplicar la excepción del orden público internacional. Hace dos años en España era posible incapacitar a una persona y por tanto, la reforma civil no debe implicar que, frente a un Derecho extranjero que prevea esta figura, deba activarse la excepción de orden público que debe tener una aplicación restrictiva y solo cuando la aplicación de ese Derecho extranjero suponga una vulneración manifiesta de derechos y libertades fundamentales. Es esto precisamente lo que argumenta la Audiencia de Barcelona.

11. Sin embargo cabe considerar que estamos ante un nuevo sistema jurídico regulador de los derechos de las personas con discapacidad previsto en un instrumento internacional de Derechos humanos, como es la CNUDPD que exige el respeto tanto a la dignidad y la autonomía individual, como a la no discriminación (art. 2)³⁰. Además, el art. 12.2 señala que *los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida*. Creo que este nuevo marco jurídico internacional de derechos de las personas con discapacidad abocará a los tribunales españoles, con toda probabilidad, a considerar contrario al orden público español el reconocimiento en España de una sentencia extranjera que modifique la capacidad o incapacite a una persona, como ha sucedido en este caso. Los principios del orden público no son solo los recogidos en la Constitución, sino también en la normativa internacional de Derechos humanos³¹, y el orden público no debe concebirse tanto como un orden público de dirección sino de protección de los derechos humanos³². Sin embargo, como señalaré a continuación, el tratamiento de la tutela extranjera puede tener mejor acomodo en la figura de la adaptación, ya que el orden público debe ser restrictivo y

²⁵ M. GUZMÁN ZAPATER, “Persona física” en P. ABARCA JUNCO ET AL., *Derecho internacional privado*, UNED, Madrid, 2016, p. 426; A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA RODRÍGUEZ, *Derecho internacional privado*, Vol II, Granada, Comares, 2016; M. ÁLVAREZ TORNÉ, “Current Issues in the protection of adults from the perspective of private international law”. *Revista electrónica de estudios internacionales* 32, 2016, p. 16; A. MUÑOZ FERNÁNDEZ, “Intervención pública y autonomía de la voluntad en la protección internacional de los incapaces”, *Persona y Derecho*, núm. 72, 2015, p. 289 y 295; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ “Ley aplicable a la filiación por naturaleza: de la ley nacional a la ley de la residencia habitual del hijo”. *REDI* vol. 68, nº 2, 2016, pp. 157-182.

²⁶ S. ADROHER BIOSCA, “Derecho aplicable...” op. cit. y L. S. HEREDIA SÁNCHEZ *Efectos de la plurinacionalidad en el estatuto personal. Problemas prácticos y soluciones*. Aranzadi 2023.

²⁷ Sentencia del Juzgado nº 95 de Madrid de fecha 29 de junio del 2018.

²⁸ Para el concepto y las consecuencias del orden público atenuado, puede verse CARRASCOSA GÓNZÁLEZ, J. “Orden público internacional y externalidades negativas...” op cit, pp. 30 y ss.

²⁹ En relación con el orden público en esta materia resulta imprescindible el trabajo de GOÑI URRIZA, N. “La reforma en Derecho Internacional Privado”, en LLEDÓ YAGÜE, F./FERRER VANRRELL MP./EGUSQUIZA BALMASEDA MA./LÓPEZ SIMÓ, F. (Dir.), *La reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad (Comentario sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio)*, Dykinson, 2022, pp:137-167, en particular las pp. 157 a 159, 162 y 163.

³⁰ Y por discriminación por motivo de la discapacidad entiende “cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables”.

³¹ A.L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA RODRÍGUEZ, (Dir.) *Tratado de Derecho internacional privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p.943.

³² Id.

proporcionado³³; y en este sentido, la diferencia que establece la sentencia respecto a la incapacitación y la tutela, es muy oportuna, reconociendo parcialmente la sentencia marroquí.

2. La adaptación y sustitución de instituciones extranjeras desconocidas

12. La LCJIMC prevé en el art. 44.4 la posibilidad de reconocer una sentencia extranjera que aplique una institución desconocida en el ordenamiento jurídico español mediante su adaptación a una institución prevista en el Derecho español que tenga efectos equivalentes y persiga una finalidad e intereses similares. Aunque se ha señalado que ante las instituciones jurídicas desconocidas se hace “imprescindible la excepción del orden público internacional”³⁴, no siempre esa es, ni debe ser, la reacción del foro ante una institución extranjera desconocida y el caso analizado es buena prueba de ello; el orden público se plantea frente a una institución desconocida y “aborrecida”, y por tanto en este caso se activa frente a la incapacitación pero no a la tutela. De todas maneras deberíamos precisar que no nos encontramos estrictamente ante a una institución desconocida, sino desaparecida del Derecho español en lo que a adultos se refiere, pero que persiste en relación a los menores.

13. La adaptación y sustitución en la doctrina clásica, han sido mecanismos referidos fundamentalmente al ámbito del Derecho aplicable, vinculados a la deseable coordinación de sistemas³⁵ y así fueron estudiados por la doctrina española a pesar de que no existía regulación en España al respecto³⁶. Sin embargo, la equivalencia de instituciones nació en Francia en el ámbito del reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras en el que el control del Derecho aplicable en sede de reconocimiento tenía como matización o excepción, precisamente, la equivalencia de resultados³⁷. El Instituto de Derecho internacional adoptó en 2007 una Resolución en la que recogen los principios que rigen la sustitución y la equivalencia y que son muy útiles en la aplicación de esta figura prevista en nuestras leyes, y es que, a pesar de que la LCJIMC se refiere a la adaptación, este término, engloba ambas figuras³⁸.

Hoy, se ha dicho, la LCJIMC la introduce *ex novo* en nuestro sistema jurídico, no solo en relación al exequatur, sino también en lo relativo al reconocimiento notarial y registral de documentos extranjeros (arts. 57 y 61)³⁹. Esta previsión responde a la “incorporación” del Derecho de la UE, toda vez que es una copia, casi literal del art. 54 del Reglamento Bruselas I bis⁴⁰, texto legal que “hunde a su

³³ Id.

³⁴ D. CARRIZO AGUADO, Y A.P. SCHWEINBACH, “La excepción del orden público internacional: estudio comparado entre el sistema español y alemán en supuestos de divorcio”. *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2021), vol. 13, nº 2, p. p. 520.

³⁵ E. JAYME, (rapporteur) “La substitution et le principe d’équivalence en droit international privé”. *Annuaire de l’Institut de droit international*, vol. 72, 2007, pp. 1-94; s. GODECHOT-PATRIS, “Retour sur la notion d’équivalence au service de la coordination des systèmes”. *Revue critique de droit international privé* 2010/2, nº 2, pp 271 à 312

³⁶ N. BOUZA VIDAL, *Problemas de adaptación en derecho internacional privado e interregional*. Tecnos 1977.

³⁷ JAYME, op. cit. p. 9

³⁸ Transcribo por su interés los 4 primeros capítulos (JAYME, op. cit. p. 93)

Article 1 Substitution allows a legal relationship or act originating in a given State to entail all or part of the effects attached to a similar relationship or act under the law of another State.

Article 2 Equivalence is the decisive requirement in matter of substitution. It is based on a functional comparison between the rules of the law governing the effects of the legal relationship or act and the rules of the law under which the legal relationship or act was created.

Article 3 Substitution does not require the laws under consideration to be identical; a similarity between the aims and interests respectively pursued by those laws is sufficient.

Article 4 Equivalence is determined according to the law applicable to the effects of the legal relationship or act which is the object of the comparison. The possibility and scope of substitution are determined by that same law.

³⁹ Así se señala en el Preámbulo: “Se regula por primera vez la necesidad de adaptar las medidas contenidas en la sentencia extranjera que fueren desconocidas en el ordenamiento español. Conforme establece el artículo 44.4 se adoptará en dicho caso una medida propia del Derecho español que tenga efectos equivalentes y persiga una finalidad o intereses similares, si bien tal adaptación no tendrá más efectos que los dispuestos en el Derecho del Estado de origen. Habida cuenta que se trata de una operación delicada y difícil, cualquiera de las partes podrá impugnar la adaptación realizada”.

⁴⁰ Reglamento (UE) nº 1217/2012 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

vez sus raíces en la legislación y jurisprudencia comunitaria”⁴¹. Sin embargo, ya había un antecedente en Derecho español: la Ley 54/2007 de 28 de diciembre de adopción internacional la previó en relación al reconocimiento de otras medidas de protección de menores distintas de la adopción y ha habido jurisprudencia desde entonces aplicando dicha figura⁴².

14. Como se ha señalado, la adaptación se lleva a cabo a través de la técnica de la sustitución de una institución del Derecho del foro conocida y con efectos equivalentes y con finalidad e intereses similares, lo que supone que el juez español deberá conocer el Derecho extranjero aplicado en la sentencia, para valorar la finalidad, intereses y efectos de la institución extranjera que va a ser sustituida⁴³. En ese sentido, se ha dicho que esta figura no implica que jueces, notarios o registradores se conviertan en “creadores de figuras jurídicas que no existen en nuestro ordenamiento, pero tal vez sí en moldeadores de las existentes como forma de cumplir con el mandato constitucional de asegurar la eficacia plena de las resoluciones judiciales que la merezcan”⁴⁴.

15. A pesar de que la aplicación de este precepto tiene su ámbito material de aplicación fundamental en relación a las medidas previsionales y cautelares y la ejecución de condena⁴⁵, las todavía escasas resoluciones judiciales dictadas hasta el momento, lo han sido en materia de Derecho de persona, familia y menores. Son dos las resoluciones en apelación publicadas hasta el momento, y una tercera de primera instancia. La Audiencia provincial de Barcelona, ha dictado, además de la que estudiamos, el Auto núm. 294/2018 de 14 mayo⁴⁶ en el que se solicitaba el reconocimiento y ejecución de una resolución dictada por un Tribunal de Guinea que acordaba la delegación de la responsabilidad parental de una niña por parte de sus padres a su tío. Esta figura no está prevista en el Derecho español, pero la Audiencia la adapta a la figura equivalente española (del CC catalán) de la guarda de hecho con funciones tutelares⁴⁷.

La tercera resolución judicial en la que se aplica el mecanismo de la adaptación es el Auto del Juzgado de Primera Instancia nº6 de San Sebastián de 19 de febrero de 2020 en el que se reconoce una sentencia dictada por un tribunal de Uganda que acuerda la constitución de la tutela de un menor en

⁴¹ F. GARAU SOBRINO, A. RENTERÍA AROCENA, “Capítulo II. Del Reconocimiento”. En F. P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, G. PALAO MORENO, (Dir.). *Comentarios a la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil*. Tirant lo Blanch, Valencia 2017, p. 487.

⁴² Regulada en su artículo 34 en el que se regulan los “efectos legales en España de las decisiones relativas a instituciones de protección de menores que no produzcan vínculos de filiación acordadas por autoridades extranjeras”. En él se establece 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, si concurren los requisitos siguientes: 1.º Que los efectos sustanciales de la institución extranjera sean equivalentes a los del acogimiento familiar o, en su caso, a los de una tutela, previstos por la ley española (...). En aplicación de este precepto ha habido resoluciones judiciales diversas. Es el caso, por ejemplo, del Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz de 6 de julio 2018 (ECLI: ECLI:ES:APCE:2018:153A).

⁴³ Ibid 489. Puede verse el estudio sobre la aplicación del mecanismo de la equivalencia en el Derecho suizo en relación a las parejas no casadas. I. PRETELLI. “Equivalence ete reconnaissance du statut civil des personnes faisant ménage a deux”. *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2019), Vol. 11, Nº 2, pp. 8-31.

⁴⁴ F. GASCÓN INCHAUSTI, “Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en la ley de cooperación jurídica internacional en materia civil”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Octubre 2015, Vol. 7, Nº 2, pp. 165.

⁴⁵ GASCÓN INCHAUSTI, Ibid. 163-4.

⁴⁶ ECLI:ECLI:ES:APB:2018:2488A

⁴⁷ “Siendo desconocida en nuestro ordenamiento la delegación de la potestad parental por ambos progenitores, debe adaptarse a una medida conocida que tenga efectos equivalentes y persiga una finalidad e intereses similares como previene el art. 44,4 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional. Los apelantes solicitan la constitución de la tutela. La resolución apelada ha acordado la guarda de hecho con funciones tutelares de la menor por parte de los instantes. No puede constituirse la tutela porque la resolución extranjera no implica privación de la potestad parental a los progenitores, sino delegación o atribución de las funciones propias de la potestad parental a los tíos de la menor. A diferencia de lo que se alega en el recurso, la menor está sometida o en potestad parental y el art. 222-1 CCC permite la constitución de la tutela respecto a menores no emancipados. (...) La suspensión de la potestad parental implica la asunción por los familiares a quien se ha atribuido la guarda de todas las funciones propias de la potestad parental, incluida la de representación legal. Su contenido es análogo al de la tutela en tanto comprende todas las funciones de la misma. Y esta es la institución jurídica de nuestro ordenamiento jurídico a la que se adapta el contenido de la resolución extranjera que se ha reconocido, ya que la delegación contenida en dicha resolución de los padres a los tíos paternos respecto a la hija menor se hace para que los tíos puedan ejercer la patria potestad sobre su hija en España, sin limitación de las funciones que la integran”.

favor de un matrimonio de nacionalidad y residencia española sin que los padres hayan sido privados de la patria potestad. Probablemente se trata de una figura similar a la prevista en el Derecho guineano⁴⁸.

16. En el caso que analizamos, la tutela dativa se regula en los artículos 244 y siguientes del Código de Familia de Marruecos (nombramiento, representación legal, obligaciones, rendiciones de cuentas y actos que puede realizar) y su equivalencia en nuestro ordenamiento jurídico, después de la reforma, es la asistencia representativa del Derecho catalán (así lo señala la Audiencia⁴⁹) o la curatela del CC español.

17. En estrecha relación con este caso, es oportuno mencionar aquí las dos resoluciones de TSJ ya citadas⁵⁰, en las que se plantea el efecto probatorio de dos sentencias marroquíes que constituyen una kafala de mujeres dependientes (una madre y una hermana) de otras dos mujeres marroquíes residentes en España. Estas últimas solicitan la reagrupación familiar de su madre y su hermana, respectivamente, y, como prueba de que están a su cargo, aportan una resolución marroquí de kafala. En la del TSJ de Castilla León, la Delegación del Gobierno deniega a la madre la tarjeta de familiar comunitario, dado que el régimen aplicable era el de comunitarios toda vez que la hija ya tenía la nacionalidad española; el TSJ le reconoce el derecho a dicha tarjeta y, entre otros medios de prueba de la dependencia, reconoce efectos probatorios a la kafala⁵¹. En la del TSJ de Madrid, se aplica el régimen general de extranjería dado que la reagrupante no tiene la nacionalidad española, y de la misma manera la dependencia se prueba con una kafala, por ello el TSJ resuelve positivamente la concesión del visado por reagrupación familiar⁵².

En ambos casos no estamos ante un reconocimiento de resoluciones extranjeras (actas de kafala) sino de que las mismas desplieguen efectos probatorios de la relación familiar, y dependencia no solo económica, sino de cuidados que ellas establecen. Es oportuno recordar aquí que no es preciso el exequatur en estos casos como bien ha señalado el TS⁵³, y llamar la atención que, frente a la numerosísima jurisprudencia española y extranjera que analiza los efectos de la kafala judicial o notarial de menores en el ámbito de la extranjería, estas dos sentencias abren un nuevo tema, las kafalas de adultos, apenas estudiadas pero que previsiblemente, tendrán cada vez más impacto en el futuro por razones puramente demográficas.

3. La protección internacional de adultos y el Derecho interregional

18. La última cuestión suscitada por este Auto es la relativa al Derecho interregional. Por una parte, se apunta que “como señala el Ministerio Fiscal la legislación aplicable en virtud del art. 9.6 CC es la legislación catalana y señala que ya ha iniciado trámites para regular la situación de la persona

⁴⁸ Un comentario al mismo es el de L. ALVAREZ AGOUÉS, “De la tutela en origen a la guarda de hecho en destino: reconocimiento de la institución desconocida. A propósito del Auto nº 209/2020 (procedimiento de exequatur) del juzgado de primera instancia nº 6 de San Sebastián”. *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2020), Vol. 12, nº 2, pp. 859-870

⁴⁹ “La tutela en nuestro ordenamiento jurídico ha quedado limitada a personas menores de edad, pero la tutela acordada en la sentencia cuyo reconocimiento solicitan puede equipararse a la asistencia de los arts. 226-1 y siguientes CCC más si tenemos en cuenta el régimen transitorio establecido. En definitiva, la situación de tutela que se recoge en la segunda de las resoluciones cuyo reconocimiento solicita la apelante es equiparable a la asistencia representativa del Derecho Civil Catalán. La primera de las sentencias describe la situación de dependencia de la persona afectada, situación de dependencia que la hace tributaria de una asistencia representativa en todos los aspectos de su vida, personales y patrimoniales”.

⁵⁰ Sentencias del TSJ de Madrid, núm. 737/2022 de 23 septiembre (ECLI: ECLI:ES: TSJM:2022:11625), y del TSJ de Castilla y León núm. 32/2022 de 4 febrero (ECLI:ECLI:ES:TSJCL:2022:607).

⁵¹ “En los últimos años es la referida hija la que tanto personal como económicamente se hace cargo de su madre, como lo corrobora que desde el año 2020 tenga la “kafala” de su madre para que la cuide y la proteja, de conformidad con la resolución adoptada al respecto por el Presidente del Consejo de la Comuna de Tánger”.

⁵² “Deviene decisiva la circunstancia de que ha sido la propia Subdelegación del Gobierno la que ha constatado la existencia de un acta de kafala y, con base en la misma, ha avalado el que se esté en presencia de una representación de la reagrupada por parte de la reagrupante. En consecuencia, solo cabe concluir que concurren todas las exigencias que para la obtención del visado demanda el artículo 17,1 c) LOEX”.

⁵³ S. ADROHER BIOSCA, “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”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Marzo 2023, vol. 15, nº 1, pp. 899-906.

afectada”; es decir, el Ministerio público ha iniciado en España un procedimiento judicial al amparo de nuestras normas de Competencia judicial internacional y de Derecho aplicable. Por otra, y en el *interin*, la Audiencia reconoce parcialmente la segunda sentencia marroquí adaptando la tutela a la medida equivalente del Código civil catalán.

19. Como es sabido, el artículo 16.1 del Código Civil señala que los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional, se resolverán según las normas contenidas en el Capítulo IV, pero evidentemente se está refiriendo a los conflictos meramente internos, no a los que tienen elementos de extranjería como es este caso. En el tema que nos ocupa, el art. 16 remite a la solución prevista en el art. 9.6 del CC, ya analizada. ¿debe equipararse entonces la vecindad civil a la residencia habitual?. La cuestión no es pacífica ya que el propio CC en sus artículos 14 y 15 señala que solo tienen vecindad civil los españoles, y en el caso analizado, se trata de un marroquí.

Se ha señalado por muchos autores que la reglamentación del CC en relación a los conflictos de leyes en el ámbito interregional es caduca⁵⁴ y plantea no solo problemas en relación a casos como el presente sino también en la aplicación de los Reglamentos europeos que mayoritariamente toman en cuenta la residencia habitual como punto de conexión fundamental en materia de determinación del derecho aplicable y también como foro de competencia judicial internacional⁵⁵.

Los tribunales, singularmente la AP de Barcelona tanto en este caso como en otros⁵⁶, han equiparado residencia habitual con vecindad civil. Sin embargo, algunos autores son críticos con esta solución ya que consideran que la residencia habitual, a efectos interregionales, es más volátil que de la vecindad civil⁵⁷.

III. Consideraciones finales

20. El caso analizado, y el resto de casos referenciados, muestran con claridad que el cambio de paradigma del Derecho de la discapacidad, tiene un impacto directo en las soluciones del Derecho internacional privado.

Más allá de la necesaria adaptación del mismo de acuerdo con la propuesta de la UE, en relación a países terceros y a sistemas de protección de adultos basados, todavía, en la incapacitación y nombramiento de tutor, el Auto analizado muestra un nuevo ámbito para el orden público internacional español, que, si bien ya no se planteará en sede de derecho aplicable, si podrá hacerlo en sede de reconocimiento,

⁵⁴ S. ALVAREZ GONZALEZ, “Derecho interregional y Constitución”. *Revista jurídica de les Illes Balears*, nº 22, julio 2022.

⁵⁵ F.GARAU JUANEDA. “La integración del Reglamento europeo en materia sucesoria en el Derecho interregional español”. *Bitácora Milenium DIPR* nº 2, 2015.

⁵⁶ Así lo recoge la sentencia de la AP de Barcelona (sección 18ª) 466/2017 de 24 de mayo (ECLI: ECLI:ES:APB:2017:4916): “En cuanto al nombramiento del Administrador Patrimonial, y en cuanto a la alegación de la Asistencia Letrada del Sr. Arsenio, hay que tener en cuenta que el art. 9.6 Código Civil, al que se remite el art. 16 para resolver los conflictos de leyes interterritoriales, en su redacción vigente en el momento del dictado de la sentencia que es cuando se acuerda el nombramiento de tutor, según reforma por Ley 26/2015 de 28 de julio, se remite a la Ley de residencia habitual. Es de aplicación por tanto, la legislación de Cataluña”. En el mismo sentido la sentencia de la AP de Barcelona 503/2022 de 5 de octubre de 2022 (ECLI:ES:APB:2022:12523), El art. 16 del Código Civil se remite a las normas contenidas en el capítulo IV para resolver los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional. El art. 9 que regula la norma de conflicto para determinar la ley aplicable a las medidas de apoyo para personas con discapacidad establece como ley aplicable la de la residencia habitual y añade que en caso de cambio de residencia se aplicará la ley de la nueva residencia habitual. En cualquier caso, tanto la normativa sobre medidas de apoyo del Código Civil, como la normativa del Codi Civil Catalán, se funda en la necesidad y conveniencia de respetar la voluntad, deseos y preferencias de la persona afectada. De conformidad con el art. 9 del CC y teniendo en consideración que se autoriza el traslado de la Sra. Consuelo a Murcia, lo que supone un cambio de residencia, procede constituir la medida de apoyo regulada en el Código Civil que es la ley aplicable en Murcia donde el Sr. Landelino pasa a desempeñar el cargo, es decir, la curatela en lugar de la asistencia. Corresponde al curador adoptar las medidas pertinentes para realizar el traslado de su madre desde Barcelona a Murcia, lo que comunicará a la Fundación que ha sido designada como asistente en este procedimiento, cuyo cargo se mantiene hasta que se materialice el traslado.

⁵⁷ P. DIAGO DIAGO, “La nueva regulación de la protección de adultos en España en situaciones transfronterizas e internas”. *Diario La Ley*, Nº 9779, Sección Doctrina, 27 de enero de 2021.

atenuando con toda probabilidad sus efectos al encontrarnos ante situaciones ya creadas el extranjero y sin fraude.

Por otra parte, el Auto es un muy buen ejemplo de los mecanismos de la adaptación, sustitución y equivalencia de resultados, relativamente nuevos en el Derecho español, y con un recorrido jurisprudencial, salvo en el ámbito de la adopción internacional, todavía escaso.

Al hilo de esto último, he traído a colación dos casos de kafalas de adultos. Si la tutela dativa es la institución aplicable en Marruecos en caso de discapacidad, la kafala sería la figura equivalente al cuidador familiar previsto en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia o a la guarda de hecho, institución de largo recorrido pero modificada por la Ley 8/2021. Será interesante advertir el tratamiento que esta figura propia del Derecho islámico y largamente estudiada en cuanto a sus efectos en España cuando el makfoul es un niño, va a tener en relación a los adultos vulnerables.

Finalmente, en este tema, como en otros, queda pendiente una solución adecuada y actualizada de las normas reguladoras del Derecho interregional español y su aplicación en los casos transfronterizos, como también pone de relieve este Auto, no solo en el ámbito del Derecho aplicable, sino también en el del reconocimiento de las resoluciones extranjeras y la adaptación de las mismas a figuras equivalentes previstas en el Derecho español común o foral/autonómico.

Reutilización de productos textiles vs. infracción de un derecho de marca. Estrategias materiales y de litigación transfronteriza

Upcycling of textile products vs trademark right infringement. Material and cross-border litigation strategies

ISABEL ANTÓN JUÁREZ

Profesora titular de Derecho internacional privado

Universidad Carlos III de Madrid

ORCID ID: 0000-0002-5639-2301

Recibido: 15.12.2023 / Aceptado: 08.01.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8414

Resumen: La industria de la moda, tanto el negocio basado en el *fast fashion* como el de los productos de lujo, se ha configurado en gran medida en torno a una producción masiva. Pero no sólo eso, la producción textil en sí misma genera una importante cantidad de residuos (*ad ex.*, telas sobrantes, trozos de piel, etc.) que se desechan directamente. De hecho, a pesar de que las normas europeas sobre el tratamiento de residuos en Europa están cambiando (prueba de ello es la Ley 7/2022 de 8 abril, de residuos y suelos contaminados, fruto de la Directiva europea 2018/851) todavía las empresas generan un importante número de residuos a la hora de producir y también cuentan con mucho *stock* sobrante al final de cada temporada. De este modo, algunas de las soluciones que algunos expertos ofrecen para que la industria sea cada vez más sostenible y circular es que las empresas textiles fabriquen menos y se reutilice más lo ya fabricado. El *upcycling* es una técnica que consiste en reutilizar productos ya usados para que puedan tener una segunda vida. Esta reutilización, en muchas ocasiones basada en técnicas creativas, no plantea mayores problemas legales cuando es la propia marca de moda la que reutiliza sus productos o llega a un acuerdo con otra empresa para colaborar juntas y así aprovechar el *stock* sobrante. El problema surge cuando, es un tercero el que utiliza partes de productos protegidos por un derecho de marca y sin consentimiento del titular, los añade a otros productos. Esta cuestión jurídica que nos planteamos todavía resulta ser más interesante cuando percibimos que en la mayoría de las ocasiones en esas nuevas creaciones de *upcycling* se suelen reutilizar partes de productos donde aparecen firmas de moda muy conocidas mundialmente y que pertenecen al segmento de productos considerados “de lujo”. El objetivo de este trabajo es triple, así vamos a analizar: 1) Si la técnica del *upcycling* podría ser contraria a un derecho de marca de la UE; 2) Si el *upcycling* encajaría dentro del concepto de agotamiento europeo del derecho de marca y en qué medida podría convenir adaptar el agotamiento para conseguir una industria más sostenible; 3) Los aspectos desde una perspectiva internacional privatista se deberían tener presente en el caso de que el titular de la marca se decidiera a demandar por infracción marcaria ante tribunales europeos.

Palabras clave: *Upcycling*, marca de la UE, riesgo de confusión, daño a la imagen de marca, agotamiento del derecho de marca, competencia judicial internacional, Ley aplicable.

* Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i PID2020-112707GB-I00, *Moda y bienes inmateriales*, financiado por MCI/AEI/10.13039/501100011033.

Abstract: The fashion industry, especially the business based on fast fashion, has been configured around massive production of clothing, footwear and accessories. But not only that, textile production itself generates a significant amount of waste (ad ex., leftover fabrics, pieces of leather, etc.) that are discarded directly. In fact, despite the fact that European standards on waste treatment in Europe are changing (proof of this is Law 7/2022 of April 8, on waste and contaminated soils derived from the European Directive 2018/851), companies still generate a significant number of waste at time to produce and they also have a lot of leftover stock at the end of each season. Thus, some of the solutions that some experts offer to make the industry increasingly sustainable and circular is for textile companies to manufacture less and reuse more of what is already manufactured. Upcycling is a technique that consists of reusing already used products so that they can have a second life. This reuse, often based on creative techniques, does not pose major legal problems when it is the fashion brand itself that reuses its products or reaches an agreement with another company to collaborate together. The problem arises when a third party uses parts of products protected by a trademark right and, without the owner's consent, adds them to other products. This legal question that we ask ourselves turns out to be even more interesting when we realize that in most cases these new upcycling creations usually reuse parts of products that feature fashion brands that are well-known worldwide and that belong to the segment of products considered "of luxury brands". The objective of this paper is threefold, so we are going to analyze: 1) If the upcycling technique could be contrary to an EU trademark right; 2) Whether upcycling would fit within the concept of European exhaustion of trademark rights and to what extent it could be appropriate to adapt exhaustion to achieve a more sustainable industry; 3) The aspects from a private international perspective should be kept in mind in the event that the trademark owner decides to sue for trademark infringement before European courts.

Keywords: Upcycling, European Union Trademark, likelihood of confusion, damage the brand image, exhaustion of the trademark, international jurisdiction, applicable law.

Sumario: I. Aproximación inicial. II. El porqué de la relevancia actual del *upcycling*. III. El Derecho de exclusiva que confiere una marca. 1. Concepto, principios básicos y tipos de marcas. 2. Las funciones de la marca. 3. El contenido del derecho de marca. IV. La vulneración del derecho de marca: el riesgo de confusión. 1. Introducción. 2. La vulneración de un derecho de marca por doble identidad. 3. La vulneración de un derecho de marca por riesgo de confusión. A) Introducción. B) El signo distintivo que usa el tercero debe ser idéntico o similar. C) Los productos o servicios que se designan con ese signo presuntamente infractor deben ser idénticos o similares. D) El uso crea riesgo de confusión. 4. La protección ampliada en el caso de las marcas renombradas. 5. Reflexiones finales. V. Límites al derecho de marca: El agotamiento europeo del derecho de marca. 1. Introducción. 2. Los requisitos necesarios para que el agotamiento europeo del derecho de marca concurra. A) Introducción. B) Elemento objetivo. C) Elemento subjetivo. D) El alcance del consentimiento. 3. La carga de la prueba en el agotamiento europeo del derecho de marca. 4. Las excepciones al agotamiento del derecho de marca. VI. Posibles vías de escape para proteger al *upcycling* frente a las infracciones marcarias desde el propio derecho de marcas VII. La estrategia de litigación transfronteriza a tener presente por vulneración de una marca de la UE. 1. Aproximación inicial. 2. Aspectos a tener presente para la determinación del tribunal de marca de la UE competente en casos de *upcycling*. 3. Los foros de competencia judicial internacional en el RMUE. 4. Foro de la elección por las partes del tribunal competente. 5. Foro del domicilio del demandado. A) Introducción. B) La determinación del "domicilio" del demandado a la luz del Reglamento Bruselas I bis. 6. Foro del establecimiento. A) Aproximación inicial. B) El término "establecimiento" de una empresa en atención Reglamento de marca de la UE. 7. Foro del domicilio del demandante. 8. Foro del lugar de la infracción. A) Aspectos característicos de este foro. B) La infracción de una marca de la UE mediante internet. 9. La determinación del Derecho aplicable. VII. Conclusiones.

I. Aproximación inicial

1. El *upcycling* es una de las tendencias más actuales en la moda y puede llevarse a cabo bien por la propia firma que ostenta los derechos de propiedad industrial e intelectual¹, bien mediante colaboraciones entre empresas diferentes o por un tercero ajeno a la firma². Las dos primeras vías no generarían, en principio, mayor problema legal. Sin embargo, no se puede decir lo mismo respecto el *upcycling* que se lleva a cabo por empresas que no tienen vinculación alguna con el titular de esos derechos y que utilizan marcas de firmas muy conocidas y las incorporan a “esas creaciones” basadas en todo o en parte en productos anteriores³. Estos nuevos productos a base de productos usados, de temporadas anteriores, especialmente cuando se realizan con partes de productos de firmas “de lujo”, suelen tener una buena acogida por los consumidores. Esto da lugar a que un tercero ajeno a la empresa que es titular de esos derechos se lucre utilizando parte de productos cuyas marcas y/o diseños son reconocidos como derechos de propiedad industrial. Todo ello llevado a cabo sin contar con el consentimiento de titular de la marca.

2. Un asunto que ilustra muy bien los problemas jurídicos que queremos plantear en este trabajo es el de *Louis Vuitton* contra *Sandra Ling*⁴. Este caso tuvo lugar ante tribunales del distrito de Texas (Estados Unidos) debido a la interposición de una demanda por parte de la firma francesa *Louis Vuitton* que pertenece al mayor conglomerado del lujo del mundo, *LVMH*, contra la dueña de una empresa estadounidense Sandra Lee por infracción del derecho de marca conforme a la *Lanham Trademark Act* (la ley de marcas estadounidense)⁵. Las razones que llevan a *Louis Vuitton* a demandar a Sandra Lee es que ésta crea productos como correas para relojes, bolsos, gorros, etc. con partes de otros productos de piel que se corresponden con parte del *monogram* original de *Louis Vuitton*. Algunas imágenes de los productos que comercializaba la empresa estadounidense ilustrarán mejor el *upcycling* al que nos referimos.



Fuente: <https://poshmark.com/listing/Gorgeous-Green-Vegan-UpCycle-LV-Bag-6341c00a04166da90f783de5>

¹ Un ejemplo reciente podría ser este de la empresa de ropa deportiva *Nike* que le da nueva vida a unas zapatillas de fútbol convirtiéndolas en unos zapatos de tacón, *vid* en “upcycling para las botas de fútbol”, <https://www.modaes.com/look/upcycling-para-las-botas-de-futbol> (consultado el 10 de diciembre de 2023).

² Este fue el caso de Balenciaga y Gucci, firmas que pertenece al grupo francés *Kering*, y *The Real Real*, revendedor estadounidense de productos de lujo, que llegaron a un acuerdo en 2021 para crear nuevos productos con prendas de dichas firmas de temporadas anteriores, la colección se llamó “ReCollection 01”.

³ Un ejemplo es la demanda interpuesta en junio de 2023 por parte de la firma francesa *Chanel* contra la empresa estadounidense *Vintage to Vogue* por la utilización de botones (en principio originales) de la marca *Chanel* para hacer joyas, *vid* al respecto en <https://www.thefashionlaw.com/chanel-wages-new-trademark-lawsuit-aimed-at-upcycled-jewelry/> (consultado el 10 de diciembre de 2023).

⁴ *Louis Vuitton Malletier S.A.S. v. Sandra Ling Designs, Inc. No. 4:21-CV-00352 (S.D. Tex. Dec. 1, 2022)*. La demanda que interpone Louis Vuitton está disponible en <https://enriqueortegaburgos.com/wp-content/uploads/2022/11/Louis-Vuitton-Malletier-S.A.S.-v.-Sandra-Ling-Designs-Complaint.pdf> (consultado el 10 de diciembre de 2023).

⁵ Disponible en https://www.uspto.gov/sites/default/files/trademarks/law/Trademark_Statutes.pdf (consultado el 10 de diciembre de 2023).

3. La cuestión a tener presente es que esa lona de *Louis Vuitton* tan conocida está protegida como marca de la Unión Europea (en adelante, UE) desde 1996 y también como marca internacional con extensión a España y a Estados Unidos. El tribunal del Distrito de Texas que conocía sobre el asunto no tuvo posibilidad de pronunciarse al respecto ya que las partes llegaron a un acuerdo. Aunque se acordó por las partes que no había responsabilidad marcaria ni daños punitivos, la demandada, Sandra Ling, aceptó una *permanent injunction* (es decir, abstenerse de volver a utilizar los productos de la firma *Louis Vuitton* para hacer *upcycling*) y pagar alrededor de 600.000 dólares a la firma francesa.

4. Así, ante este escenario cabe plantearse si podría existir una infracción de un derecho de marca en los casos en los que un tercero sin consentimiento está utilizando la marca de otra empresa para poner en el mercado productos nuevos a base de otros anteriores. Estas actuaciones generalmente se llevan a cabo sin permiso del titular de los derechos marcarios, el cual se los encuentra en el mercado ya transformados. Desde una perspectiva marcaria, vamos a estudiar si este tipo de *upcycling* podría causar no sólo confusión en el consumidor sobre el origen de los productos sino también dilución en la imagen de marca y esto permitiría aunque esté agotado el derecho de marca, considerar que esta técnica la infringe.

5. La respuesta a este particular descansa por tener presente qué brinda el derecho de marca del ordenamiento jurídico donde se considerará que puede existir vulneración y qué límites existen al mismo.

Así, como posteriormente analizaremos, el derecho de marca confiere a su titular el derecho de ser el único que comercialice productos o servicios con la marca en cuestión, prohibiendo que terceros utilicen su signo distintivo sin su consentimiento. Sin embargo, en el Espacio Económico Europeo (en adelante, EEE), existen límites al derecho de marcas con el objetivo de evitar vulnerar la libre circulación de mercancías y hacer efectivo el mercado único europeo. De este modo, podemos destacar la existencia de la doctrina del agotamiento del derecho de marca. En base a esta doctrina, la primera venta del producto designado con la marca la puede realizar el titular o un tercero con su consentimiento. Sin embargo, el titular, en base a este principio, no podría prohibir las segundas y sucesivas ventas por terceros de productos con su marca aunque no las autorice. En atención a lo expuesto, el *upcycling* podría ser completamente respetuoso con el derecho marcario de los Estados miembros [en el caso del ordenamiento jurídico español la *Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de marcas*⁶, en adelante, *Ley 17/2001*] y con el *Reglamento 2017/1001 del Parlamento europeo y del Consejo de 14 de junio de 2017 sobre marca de la UE* (en adelante, RMUE⁷). No obstante, no todo es tan claro desde una perspectiva jurídica como se puede pensar en un primer momento. El agotamiento del derecho de marcas contiene excepciones, *ad ex.*, que tras su comercialización no se modifique el producto, y esto hace que se pueda plantear dudas de si el *upcycling* puede vulnerar un derecho de marca. Además, hay un nuevo aspecto a tener presente, y es si como ya se han planteado algunos autores, convendría adaptar los derechos de propiedad industrial e intelectual y en particular, el agotamiento, a una interpretación más sostenible en atención a normas como el art 37 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁸ con el objetivo de conseguir una economía más circular y sostenible⁹.

6. De este modo, el objetivo de este trabajo es determinar si esta técnica que permite darle una segunda vida a productos ya existentes puede implicar una vulneración del derecho de marca y en el caso de que pudiera ser así qué estrategias de litigación transfronteriza tener presente a la hora de plantearse una reclamación por daños y perjuicios cuando se trata de una marca de la UE. Para cumplir tal objetivo se va a dividir el trabajo en dos partes.

En una primera parte se va a estudiar la protección que brinda el derecho de marca de la UE, en particular, el análisis que hacemos es respecto al RMUE. En esta parte se analizará especialmente las

⁶ BOE núm. 294, de 7 de diciembre, de marcas.

⁷ DOUE L 154/1, de 16 de junio de 2017.

⁸ DOUE C 364/3, de 18 de diciembre de 2000.

⁹ *Vid.* P. MEZEI/H.HÄRKÖNEN, "Monopolising trash: a critical análisis of upcycling under finish and EU copyright Law", *Journal of Intellectual Property Law and Practice*, vol. 18, nº 5, 2023, p. 365.

funciones de la marca, el riesgo de confusión y los límites que existen al derecho de marca de la UE. Esto nos llevará al análisis del agotamiento del derecho de marca, el cual será un principio clave en este trabajo debido a que será una baza legal a tener muy presente para defender la licitud del *upcycling*.

En una segunda parte analizaremos las normas de competencia judicial internacional y de Ley aplicable en relación a los litigios por infracción de una marca de la UE. En el caso de que el titular de una marca tuviera que proteger su marca de la UE de un tercero que utiliza parte de sus productos protegidos como marca para incorporarlos a otros diferentes vamos a analizar qué tribunal o tribunales europeos serían los competentes para conocer del litigio y qué aspectos claves sobre Derecho aplicable debemos tener en cuenta a la hora de planificar una litigación transfronteriza por infracción de una marca de la UE.

II. El porqué de la relevancia actual del *upcycling*

7. El *upcycling* es una tendencia de éxito en la actualidad que consiste en crear un nuevo producto partiendo de productos ya existentes¹⁰, productos ya fabricados y que se han puesto en el mercado. En definitiva, es una forma de darle una segunda vida a productos ya creados. Como consecuencia de la importancia que tiene a día de hoy la economía circular en el sector textil, especialmente debido a las iniciativas legislativas que se derivan del pacto verde europeo¹¹, el *upcycling* está teniendo mucha relevancia. Sin embargo, conviene tener presente que *upcycling* no es reciclar, detrás del *upcycling* no hay un proceso industrial para convertir una prenda en otro producto diferente, que podría ser textil o no¹². El *upcycling*, en realidad, no deja de ser una técnica basada en la creatividad que permite reutilizar partes de productos ya usados para crear otros nuevos. Por lo tanto, podríamos señalar que los productos derivados del *upcycling* tienen dos características: 1) El nuevo producto se realiza de productos ya existentes; 2) La creatividad es la que le da valor al nuevo producto. La realidad es que es una de las técnicas (si no la más) sostenible con el medioambiente, ya que no hay nada más sostenible que usar lo que ya existe.

8. Así, se podría afirmar que el *upcycling* no es algo nuevo, reutilizar trozos de prendas y pegarlas a un bolso, coger una gabardina y convertirla en vestido¹³, crear nuevos objetos a partir de otros usados se lleva haciendo desde hace décadas¹⁴. Sin embargo, la coyuntura social, económica y también legal actual han dado lugar a que el *upcycling* haya pasado de una tendencia puntual de algún diseñador

¹⁰ La revista *Vogue* ha calificado el *upcycling* como una tendencia muy actual, *vid.* R. ANNE PROCTOR, “Global Recycling Day: Why Upcycling is the Biggest Trend Right Now”, *Vogue*, 2022, disponible en <https://en.vogue.me/fashion/upcycling-fashion-trend-reema-al-banna-schiaparelli/> (consultado el 10 de diciembre de 2023).

¹¹ Para un mayor detalle sobre el pacto verde europeo *vid.* <https://www.consilium.europa.eu/es/politicas/green-deal/> (consultado el 10 de diciembre de 2023). Para una mayor profundización sobre esta futura normativa en la industria textil *vid.* J.L. QUINTANA CORTÉS, “La regulación del impacto ambiental de la moda: hacia la deseada circularidad”, en I. ANTÓN JUÁREZ (Dir.), *Cuestiones Actuales del Derecho de la Moda*, Aranzadi La Ley, Navarra, 2023, pp. 347-375.

¹² Sobre las diferencias entre el reciclaje y el *upcycling* *vid.* I. EVANS, “The difference between recycling and upcycling”, disponible en <https://www.evolvebeauty.co.uk/blogs/news/recycling-vs-upcycling> (consultado el 10 de diciembre de 2023).

¹³ Esto es lo que hizo el diseñador español MIGUEL ADROVER en el año 2000. Este diseñador convirtió una gabardina de la firma inglesa Burberry en un vestido. Esta creación le hizo famoso pero también le acarreo problemas con Burberry que legalmente no llegaron a nada. *Vid.* R. RODRÍGUEZ, “En la era del upcycling: ¿Qué separa el reciclaje creativo del robo intelectual?”, *Diario el País*, 31 de enero de 2023, disponible en R. RODRÍGUEZ, “En la era del upcycling, ¿qué separa al reciclado creativo del robo intelectual?” <https://smoda.elpais.com/moda/en-la-era-del-upcycling-que-separa-al-reciclado-creativo-del-robo-intelectual/> (consultado el 10 de diciembre de 2023).

¹⁴ Durante la II Guerra Mundial, en particular en el año 1943, el gobierno británico llevo a cabo una campaña titulada “*make, do and mend*” con la que quería animar a las mujeres a reutilizar ropa ya existente y crear nuevas prendas. El objetivo de esta campaña gubernamental era doble. Por un lado, reducir el consumo textil debido a que las fábricas textiles inglesas estaban al servicio de la guerra y eso generaba escasez. Por el otro, alentar a que los ciudadanos pudieran ir bien vestidos a pesar de las circunstancias y así no decayera la moral. *Vid.* el panfleto del Ministerio de la información inglés sobre el *upcycling* de los años 40 del pasado siglo en <https://www.bl.uk/learning/timeline/item106365.html> (consultado el 10 de diciembre de 2023). Sobre los objetivos que perseguía el gobierno británico con esta campaña fomentando institucionalmente el *upcycling* *vid.* “*make and mend*: la pionera campaña de upcycling del gobierno británico” disponible en <https://revistarevista.com/make-do-mend-la-pionera-campana-de-upcycling-del-gobierno-britanico/> (consultado el 10 de diciembre de 2023).

aislado a una tendencia de éxito en el sector del lujo¹⁵. Lo relevante es que en la actualidad tiene buena acogida por los consumidores y consideramos que se debe a una razón ya apuntada: el auge de una moda cada vez más sostenible y respetuosa con el medio ambiente. Es decir, la implementación de la economía circular al negocio de la moda. Y es que hay que tener presente, como ya se ha señalado, que no hay nada más ecológico que usar algo que ya se tiene. Por eso actualmente el *upcycling* se concibe como una de las opciones más éticas en lo que al consumo de ropa se refiere¹⁶.

9. Este objetivo de convertir la moda en un negocio más circular ha dado lugar también a que otros fenómenos comerciales como la venta de productos de segunda mano (ya sean de ropa propiamente u otro tipo de productos como calzado, bolsos o pequeña marroquinería) crezca a un ritmo alto en los últimos años. Esto ha permitido que determinados negocios, especialmente plataformas *on line* de venta de productos de segunda mano, hayan convertido el vender un producto usado y que alguien ya no quiere, en un negocio muy lucrativo, ya sea en relación a productos de moda¹⁷ como de productos de lujo¹⁸.

10. Por lo tanto, debido a que cada vez es más habitual la utilización de la técnica del *upcycling* para crear nuevos productos de moda, es también una consecuencia natural que cada vez existan más litigios en los que sobre todo grandes firmas del lujo demandan a otras empresas que realizan *upcycling* por infracción de su derecho de marca. Ejemplos de los mismos no faltan, especialmente lo que más han trascendido se encuentran al otro lado del atlántico tales como el asunto en el que *Chanel* demandó a *Shiver+Duke* ante tribunales neoyorkinos debido al uso por esta última de botones de la firma francesa para realizar joyas y comercializarlas¹⁹ o aquél en el que *Rolex* demandó a la empresa con sede en Los Ángeles, *La Californienne*²⁰.

III. El primer problema que plantean los casos de *upcycling*

11. El primer aspecto problemático que plantean los asuntos de *upcycling* es su calificación. En otras palabras, para poder brindar un asesoramiento jurídico preciso y determinar si en el caso particular puede existir infracción de marca, es necesario analizar ante qué tipo de *upcycling* nos encontramos.

12. El punto de partida es que no todos los casos que se plantean sobre *upcycling* son iguales. Así, no es igual la creación de un producto original a través de trozos de tela, de cuero, etc. de productos anteriores donde las marcas originales son irreconocibles, que productos donde un aspecto principal del producto de *upcycling* es la marca de un tercero.

¹⁵ Prueba de ello es la firma *Louis Vuitton*, en su colección de primera-verano de 2019 presentó el diseño de unas zapatillas siguiendo la técnica del *upcycling* creada por su entonces director creativo VIRGIL ABLOH y que posteriormente se comercializarían en 2021, *vid.* al respecto, <https://www.lvmh.com/news-documents/news/lvmh-highlights-its-circular-economy-initiatives-at-the-changenow-summit-the-worlds-largest-gathering-of-innovations-for-the-planet/> (consultado el 10 de diciembre de 2023).

¹⁶ Sobre la evolución del *upcycling* en el último siglo *vid.* A. D'ALESSANDRO, "The evolution and history of Upcycling: from the 40s to nowadays" disponible en <https://www.revive-upcycling.com/blog/case-studies/the-evolution-and-history-of-upcycling> (consultado el 3 de diciembre de 2023).

¹⁷ Un ejemplo podría ser la plataforma de origen español de moda de segunda mano *Percentil*.

¹⁸ Un ejemplo podría ser la plataforma *Vestaire Collective*.

¹⁹ *Chanel, Inc. v. Shiver and Duke LLC et al*, Second Circuit New York, Southern District, la demanda se interpuso el 12 de febrero de 2021 y se encuentra en este enlace <https://es.scribd.com/document/495486477/Chanel-v-Shiver-and-Duke#> (consultado el 10 de diciembre de 2023). No obstante, este caso terminó en noviembre de 2022 debido a que Chanel llegó a un acuerdo con Shiver+Duke sobre el que no se conoce los términos del mismo, *vid.* al respecto, "Chanel settles upcycling suit over jewelry made from logo bearing" <https://www.thefashionlaw.com/chanel-settles-upcycling-suit-over-jewelry-made-from-logo-bearing-buttons/> (consultado el 10 de diciembre de 2023).

²⁰ *Rolex Watch U.S.A., Inc. v. Reference Watch LLC d / b / a La Californienne*; Courtney Ormond; y Leszek Garwacki, 2:19-cv-09796 (C.D. Cal.). Esta demanda se interpuso en 2019 ante tribunales californianos y concluyó en mayo de 2021 con un acuerdo judicial cuyo contenido puede verse en <https://www.leagle.com/decision/infcco20200602e44> (consultado el 10 de diciembre de 2023) y donde uno de los aspectos más relevantes que se acuerdan es que nunca más La Californienne va a utilizar relojes *Rolex* para crear parte de sus productos.

13. Tampoco es lo mismo cuando el producto original se transforma por completo y se convierte en un producto de otra categoría, que una mera modificación dando lugar a que el consumidor final sólo aprecie ligeros cambios respecto al producto original.

14. Esta calificación es importante porque va a afectar a la hora de analizar la infracción del derecho de marca y en especial, a lo relativo a la excepción por modificación del producto que se puede plantear cuando el derecho de marca está agotado.

15. De este modo, como punto de partida se podría tener presenten diferentes escenarios²¹ que se podrían derivar de la modificación de productos de marca originales:

- 1) Productos reparados.
- 2) Productos usados y modificados pero cuya categoría no cambia.
- 3) Productos usados y modificados cuya categoría cambia.

En los dos últimos escenarios se podría incluir una subcategoría que sería la de productos usados modificados en los que no se pueden identificar las marcas de los productos originales y productos usados y modificados donde las marcas de los productos originales son visibles y reconocibles por un consumidor final.

IV. El derecho de exclusiva que confiere una marca

1. Concepto, principios básicos y tipos de marcas

16. Una marca es un signo distintivo que permite distinguir los productos o servicios de una empresa de los de otras en el mercado (art. 4 Ley 17/2001 y art. 4 Reglamento sobre la marca de la UE). El poseer una marca implica ostentar un derecho de exclusiva. Pero para ser titular de un derecho de marca es necesario cumplir con lo que el ordenamiento jurídico del país donde se quiere ostentar tal derecho establece.

17. El Derecho material español en materia de marcas se encuentra armonizado en los Estados miembros de la Unión Europea debido a la *Directiva (UE) 2015/2436 del Parlamento europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2015 relativa a la aproximación de legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas (versión refundida)* (en adelante, Directiva 2015/2436)²². Esto hace que los criterios para considerar qué es una marca, el modo de adquisición de este derecho o el procedimiento de registro sea prácticamente el mismo en todos los Derechos nacionales europeos.

18. El art. 4 RMUE recoge una lista no exhaustiva de lo que podría constituir una marca²³. Así, señala el citado precepto que una marca puede ser cualquier signo, especialmente lo podrán ser las palabras, incluidos los nombres de personas, los dibujos, las letras, las cifras, pero también los colores, la forma del producto o de su embalaje o los sonidos. Pero para que dichos signos, palabras, sonidos...

²¹ Sobre este particular sería conveniente tener en cuenta otros escenarios que aquí no se tienen presentes por escaparse del objeto del presente trabajo pero que también son relevantes desde una perspectiva marcaria, éstos serían la publicidad de productos reparados, el rellenado de contenedores y la reventa de productos usados sin modificar, *vid.* al respecto A.KUR, “«As Good as New» – Sale of Repaired or Refurbished Goods: Commendable Practice or Trade Mark Infringement?”, *GRUR International*, 70(3),2021 pp. 228-236, en particular, 229 a 230.

²² DOUE L 336/1, de 23 de diciembre de 2015. Esta Directiva no es la primera que armoniza el Derecho material de marcas en la UE con anterioridad lo hacía la Primera Directiva del Consejo de 21 de diciembre de 1988, relativa a la aproximación de legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas 89/107/CEE [DOCE núm. 40, de 11 de febrero de 1989].

²³ Del mismo modo se recoge en el art. 3 del Reglamento (UE) 2018/626 de 5 de marzo de 2018 y también en el art. 2 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas.

puedan constituir legalmente una marca es necesario que cumplan dos requisitos cumulativos: 1) Deben poder identificar los productos o servicios de una empresa de los de otra en el mercado; 2) Deben poder ser representados en el registro de marcas de tal manera que permita a las autoridades competentes y al público en general determinar de manera clara y precisa el objeto de la protección otorgado a su titular. Esto implica la eliminación del requisito de la representación gráfica²⁴. Por lo tanto, actualmente el signo que se persigue que se reconozca como una marca se puede representar de cualquier forma que se considere adecuada usando la tecnología generalmente disponible²⁵. Esto ha permitido que las marcas no tradicionales²⁶ (tales como la marca patrón, la marca de movimiento, la marca multimedia o la marca de color, entre otras) cobren especial importancia en la actualidad para las empresas. Esto es así debido a que la ausencia de representación gráfica amplía el espectro de signos que se podrían registrar más allá de las marcas tradicionales (marca denominativa, marca figurativa y marca mixta)²⁷.

19. Sin ánimo de ser exhaustivos, hay dos principios claves en el derecho de marcas europeo, del cual embebe también el derecho de marcas español, estos son: 1) El principio de especialidad; 2) el principio de territorialidad.

El *principio de especialidad* implica que el titular de la marca ostenta sus derechos sobre una determinada clase de productos y/o servicios. Esos productos o servicios se clasifican de forma ordenada y concreta mediante la *Clasificación de Niza*. Esta Clasificación abarca 45 tipos diferentes de marcas²⁸. Así, el derecho de marca no es en general y en base al mismo su titular no puede prohibir que un tercero use un signo idéntico para productos que no guardan relación. En el derecho de marca existe el principio de especialidad, así el titular sólo puede ejercer sus derechos en relación a los productos o servicios para los que ha registrado el signo. De este modo, cuando una empresa se plantea registrar una marca debe tener muy claro la clase a elegir, en atención para qué productos o servicios se va a utilizar el signo

²⁴ Este cambio lo introdujo el art. 3 de la Directiva (UE) 2015/2436. Esta Directiva se traspuso en el ordenamiento jurídico español con el Real Decreto-Ley 23/2018, de 21 de diciembre, de transposición de directivas en materia de marcas, transporte ferroviario y viajes combinados y servicios de viaje vinculados [BOE núm. 312, de 27 de diciembre de 2018], lo cual implicó la modificación del art. 4 de la Ley 17/200, de 7 de diciembre, de marcas [BOE núm. 294, de 8 de diciembre de 2001].

²⁵ Considerando 13 de la Directiva 2015/2436.

²⁶ Sobre las marcas no tradicionales *vid.* sin carácter exhaustivo, M^a. M. MAROÑO GARGALLO, “Marcas no tradicionales. Especial referencia a la marca patrón, la marca de posición y la marca de color”, *Cuadernos de Derecho transnacional (CDT)*, vol. 15, nº 1, pp. 491-516, en particular p. 492.

²⁷ Los tipos de marcas que se pueden solicitar como marca de la UE serían los siguientes:

– Marcas denominativas. Se trata de marcas que se componen exclusivamente por palabras o letras, números u otros caracteres tipográficos habituales o una combinación de los mismos que pueda escribirse.

– Marcas gráficas o figurativas. Se trata de marcas que se conforman por dibujos o imágenes.

– Marcas mixtas. Se trata de marcas que combinan elementos verbales (es decir, palabras, letras) y dibujos.

– Marcas tridimensionales. Se trata de marcas en tres dimensiones que lo que persiguen normalmente es la protección de la forma de un producto, envase o embalaje. Este tipo de marcas han atraído especialmente el interés de la doctrina, *vid. ad ex.*, entre la doctrina española, S. LAUREDO CASADO, *La marca tridimensional*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2021.

– Marcas de color. Se trata de marcas que consisten en un color o en una combinación de colores sin contornos. Un ejemplo podría ser el color morado de la tableta de chocolate de la marca Milka o el color amarillo de tan conocidos y usados los *post-its*.

– Marcas sonoras. Se trata de marcas donde lo que se protege es un sonido o combinación de sonidos. Un ejemplo podría ser el rugido de león de *Metro-Goldwyn-Mayer Lion Corporation*. Este rugido está registrado como marca de la Unión Europea.

– Marcas multimedia. Se trata de marcas que combinan imagen y sonido. Éstas deben representarse mediante un archivo audiovisual que contenga la combinación de la imagen y del sonido (art. 3.3. letra i del Reglamento de ejecución UE 2018/626 de la Comisión de 5 de marzo de 2018 por el que se establecen normas de desarrollo de determinadas disposiciones del Reglamento (UE) 2017/1001 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la marca de la Unión Europea, y se deroga el Reglamento de Ejecución (UE) 2017/1431).

– Marcas de movimiento. Se trata de marcas que se conforman de un movimiento o un cambio en la posición en los elementos que componen la marca.

– Marcas basadas en un holograma. Se trata de marcas que se componen de elementos que tienen elementos con características holográficas.

– Marcas de posición. Se trata de marcas donde lo que se persigue es la protección de la colocación del signo en el producto.

– Marcas patrón. Se trata de marcas que consisten en un conjunto de elementos que se repiten de forma sistemática. Este tipo de marcas es útil para proteger estampados en prendas de ropa.

²⁸ Para ver cada una de las clases de las que se compone la Clasificación de Niza, *vid.* <https://consultas2.oepm.es/clinmar/inicio.action> (consultado el 10 de diciembre de 2023).

distintivo. Es decir, si el sector de actividad de una empresa es el cosmético, se deberá registrar la marca para la clase 3, la cual en la Clasificación de Niza abarca productos como perfumes, cosméticos, aceites esenciales y extractos aromáticos, productos para la higiene corporal y del cabello, entre otros. Por ese motivo, no tendría sentido si el sector de actividad es el cosmético registrar la marca también para la clase 9 (aparatos científicos) o para la 19 (materiales de construcción no metálicos). No sería aconsejable llevar a cabo un registro de una marca para todo tipo de producto o servicio, ya que aparte del coste económico, si la marca no se usa de forma efectiva en el mercado para distinguir esos productos o servicios, se podría perder por falta de uso (art. 18.1 RMUE/ art. 39 Ley 17/2001). Aunque en el derecho europeo de marcas no existe como sucede en el ordenamiento estadounidense el requisito formal de “declaración de uso de la marca”, ni tampoco se verifica de forma periódica por la EUIPO o las oficinas nacionales (a diferencia de lo que sucede en EE.UU.), el titular de una marca de la UE debe preocuparse por poder demostrar que ha usado la marca en los cinco años posteriores a su registro cuando un tercero lo cuestiona.

Así, *ad ex.*, el mismo signo puede ser registrado por dos compañías diferentes para designar a productos distintos y convivir pacíficamente. Este es el caso de la marca MAGNUM. La compañía británica *Unilever* la tiene registrada para helados (clase 30) y la compañía española *Hi-tec Spain* para calzado (clase 25).

El principio de especialidad tiene una excepción y sería en el supuesto de las *marcas renombradas*. Es decir, esas marcas que son conocidas por una parte significativa del público interesado en los productos o servicios para los que se ha registrado²⁹. A este tipo de marcas el principio de especialidad no se le aplica. Así, el titular de una marca renombrada podría prohibir que un tercero uso un signo idéntico a su marca no sólo para la clase de productos o servicios para los que tiene registrado el signo sino también para otros que sean diferentes. El fin es evitar que el tercero se pueda beneficiar de la conocida notoriedad o reputación de una marca ajena para su propio beneficio. La excepción de este principio de especialidad va a tener importancia cuando se trata de infracciones marcarias que afectan a marcas de moda muy conocidas por todos provenientes de grandes grupos textiles y también en relación a aquellas consideradas firmas “de lujo”.

El *principio de territorialidad* implica que el titular de la marca pueda ostentar los derechos que adquiere por ser titular en un territorio o territorios concretos, que suele coincidir con Estados. Las marcas son signos concedidos en exclusiva, una de sus características básicas es que son una prerrogativa estatal. En otras palabras, al cumplir los requisitos que exige la legislación de un determinado ordenamiento jurídico, el titular registra su marca y puede usar el signo en ese territorio. La territorialidad lleva aparejada la independencia del derecho de marca. Un mismo titular puede registrar el mismo signo distintivo en diferentes ordenamientos jurídicos. Esto implica que tendrá derechos independientes, uno por cada Estado en el que registra su marca.

Esta última idea podría encajar con lo que puede entenderse por marca nacional. Sin embargo, no sólo existen marcas nacionales, en atención a su ámbito de protección, podríamos diferenciar entre marcas nacionales, marca europea (antes se denominaba comunitaria) y marca internacional. Vamos a mencionar brevemente en qué consiste cada una de ellas:

1. *Marca nacional*. Este signo distintivo se protege en un único país. En España se protegería una marca si se registra en la Oficina Española de Patentes y Marcas (en adelante, OEPM).
2. *Marca de la Unión Europea*. Este signo distintivo permite que el titular pueda ostentar un derecho de marca en todos los Estados miembros mediante un único registro. Para ello es necesario el registro del signo distintivo en la Oficina de la Propiedad Intelectual de la UE (en adelante, EUIPO). La protección del signo distintivo se extiende a todos los Estados que conforman la UE sin necesidad de que se use por igual en todos ellos. Así, se considera que su uso obligatorio se cumple y es suficiente aunque sólo se use (de forma real y efectiva) en un país europeo³⁰ El sistema de marcas nacional y el sistema de marcas de la UE son siste-

²⁹ STJUE de 14 de septiembre de 1999, C-375/97, General Motors, ECLI:EU:C:1999:408, apartado 26.

³⁰ C. VELASCO VEGA/F. ILARDIA LORENTZEN, “Conceptos generales y nociones básicas del derecho de marcas”, en E. ORTEGA BURGOS, *Fashion Law* (Derecho de la Moda), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2020, p. 59.

mas independientes y autónomos³¹. Un titular sobre el mismo signo distintivo puede ostentar una marca nacional española y una marca de la UE. Cuando se ostenta un derecho de marca de la UE se ostenta un derecho unitario. Un derecho de marca para el conjunto de Estados parte de la UE.

3. *Marca internacional*. Una marca se considera internacional cuando se circunscribe al sistema internacional de marcas³². Este sistema también conocido como *Sistema de Madrid* debido al Arreglo de Madrid adoptado en 1891³³ y su Protocolo adoptado en el año 1989³⁴ incluye en la actualidad a 130 países³⁵. Este sistema evita tener que ir solicitando el registro de marcas en todos los países del mundo donde se desarrolla una actividad comercial y se quiere utilizar el signo. De este modo, en atención a este sistema es posible mediante un único registro extender la protección del signo a varios países a la vez, siempre que se encuentren dentro del sistema internacional de marcas. Los trámites administrativos y el coste de este sistema es menor que si se tuviera que acudir de forma individual a la oficina concreta en cada país extranjero a registrar la marca.

2. Las funciones de la marca

20. Un aspecto a tener en cuenta es que todo no se puede registrar como una marca. Habrá que acudir a la regulación concreta para saber los límites de ese ordenamiento jurídico. De este modo, prácticamente en todas las legislaciones marcarias del mundo es posible diferenciar entre las prohibiciones absolutas (art. 7 RMUE/ art. 5 Ley 17/2001) y las prohibiciones relativas (art. 8 RMUE/ art. 6 Ley 17/2001). Estas prohibiciones guardan relación con las funciones que una marca puede desempeñar en el tráfico económico. La doctrina³⁶ y el TJUE³⁷ han diferenciado las siguientes funciones que una marca podría ostentar:

- 1) *La función indicadora de la procedencia empresarial de los productos*. El consumidor al ver la marca aplicada en un producto o servicio entiende que dicho producto o servicio procede de esa concreta empresa. Esta es una de las funciones más antiguas de las marcas. En la época medieval cuando surgen los gremios, las personas que comercializaban productos en el mercado ya les ponían signos con el fin de que los compradores pudieran saber a qué fabricante pertenecían³⁸. Del mismo modo, esta función indicadora del origen es la esencial que debe cumplir una marca según el TJUE³⁹. Sin embargo, no la única⁴⁰. Hay doctrina⁴¹ que ha señalado que en los mercados actuales (globalizados y donde la tecnología tiene una importante presencia) esta función no se cumple en muchas ocasiones debido a los complejos entramados societarios en los que basan su estructura las empresas. Estos entramados empresariales impedirían que el consumidor conociera qué empresa es la que está realmente

³¹ STGUE de 13 de septiembre de 2010, *Inditex c. OAMI*, T-292/08, ECLI:EU:T:2010:399, apartado 84.

³² *Vid.* al respecto, M. BOTANA AGRA, *La protección de las marcas internacionales* (con especial referencia a España), Madrid, 1994.

³³ *Gazeta de Madrid* núm. 185/1913, de 4 de julio de 1913.

³⁴ Instrumento de ratificación del Protocolo concerniente al Arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas, adoptado en Madrid el 27 de junio de 1989 (BOE núm. 276, de 27 de junio de 1989).

³⁵ Los países parte del Protocolo de Madrid se pueden consultar en la siguiente dirección web https://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/es/docs/pdf/madrid_marks.pdf (consultado el 10 de diciembre de 2023).

³⁶ Sobre este particular *vid.* sin carácter exhaustivo, C. FERNÁNDEZ NOVOA, “Las funciones de la marca”, *ADI*, tomo v, pp. 33-65.

³⁷ *Ad ex.*, STJCE de 18 de junio de 2009, *L’Oreal*, C-487/07, ECLI:EU:C:2009:378, apartado 58.

³⁸ L. ALAMAR, “Funciones de la marca”, disponible en https://alarabogados.com/funciones-de-la-marca/#_ftn31 (consultado el 10 de diciembre de 2023).

³⁹ STJUE de 28 de mayo de 1978, *Hoffman-La Roche*, as.102/77, ECLI:EU:C:1978:58, apartado 7.

⁴⁰ STJUE de 22 de septiembre de 2011, *Interflora*, ECLI:EU:C:2011:604, apartados 32 a 41.

⁴¹ C. FERNÁNDEZ NOVOA, *Fundamentos de derecho de marcas*, Montecorvo, 1984, p. 47.

detrás de la fabricación de un producto⁴². No obstante, esto tampoco es una preocupación para el consumidor debido a que asume que en una economía globalizada donde la externalización de la producción es tan habitual que el titular de la empresa es el que debe preocuparse de garantizar la calidad asociada con dicho signo distintivo⁴³.

- 2) *La función informativa o de comunicación.* Una marca puede ofrecer información sobre la naturaleza, características, calidad, valores o prestaciones de los productos o servicios que se designan con la misma⁴⁴. Por lo tanto, es posible afirmar que la marca es un vehículo para transmitir información de lo más variada al consumidor⁴⁵. De hecho, la información que pueda transmitir una marca variará de marca a marca. No todas las marcas comunican del mismo modo ni quieren enviar el mismo tipo de información al consumidor. Así, una marca categorizada como “de lujo”, comunicará al público una información donde los valores en los que se basa la marca juegan un papel principal. Los valores en las marcas de lujo son clave para la transmisión de emociones, aspecto esencial en el consumo de este tipo de productos⁴⁶. Sin embargo, una marca que pertenece al segmento del gran consumo dedicará gran parte de su comunicación a poder distinguirse de las marcas blancas, por ejemplo, por lo que la información sobre la calidad de sus productos cobrará un peso relevante. Ya se trata de una marca de lujo o de gran consumo, todo titular de una marca debe tener presente que la información que se transmita con la marca debe ser veraz y no inducir al público a error. El consumidor en base a esa información debe tener la posibilidad de forjarse una libre y consciente decisión de comprar⁴⁷. De hecho, este es un motivo absoluto para denegar el registro de una marca (art. 7.1 letra g RMUE⁴⁸).
- 3) *La función indicadora de la calidad.* El consumidor presume (mayormente por su experiencia) que, si a un determinado producto o servicio se le aplica una determinada marca, el producto posee determinadas características de calidad⁴⁹. Esto es así porque relaciona esa marca con la empresa que considera que está detrás de la fabricación o control de esos productos o servicios. Hay que tener presente que esta función no implica que toda marca posea alta calidad, sino que los productos designados con esa marca concreta poseen la misma calidad, una calidad homogénea. Esa calidad que el consumidor entiende que existe con esa marca se deriva en gran parte de las características del producto o servicio designado con esa marca. La empresa titular de la marca es la responsable de garantizar esa calidad⁵⁰. Desde un punto de vista marcario no es relevante el que el titular de la marca cambie la calidad de un producto o servicio, quizás lo es más desde una perspectiva del derecho de consumo⁵¹. Lo relevante

⁴² Un ejemplo podría ser el asunto *Schweppes*, el cual versa sobre la prohibición de importaciones paralelas de tónica procedente de Inglaterra a España por parte de distribuidores no pertenecientes a la red oficial del titular de la marca *Schweppes* en España. Más sobre este asunto en I. ANTÓN JUÁREZ, “La coordinación tendente a ofrecer una imagen única de marca en el supuesto de marcas fragmentadas: ¿Otra razón para permitir el comercio paralelo en el EEE?”, *Revista de Derecho de la competencia y de la distribución*, n.º 25, 2019. Este caso sólo lo ponemos de ejemplo para mencionar el entramado empresarial que puede existir detrás de una marca. En este asunto, la parte demandante, *Schweppes S.A.*, licenciataria exclusiva de la marca *Schweppes* en España, la cual pertenecía a su vez a la empresa inglesa *Schweppes International*, que a su vez pertenece a *Orangina Schweppes*, empresa con domicilio en Países Bajos, y que a su vez esta última pertenece al grupo de bebidas japonés *Suntory*.

⁴³ M. LOBATO, *Comentario a la Ley 17/2001 de Marcas*, 2ª ed., Aranzadi, Navarra, 2007, p. 98.

⁴⁴ Sobre el origen de esta función vid. R. SCHREINER, *Die Dienstleistungsmarke: Typus, Rechtsschutz und Funktion. Eine rechtstatsächliche und rechtsvergleichende Untersuchung aus Anlass der Einführung des*, Köln, 1983, p. 448 y ss, el cual es de los primeros autores que pone de manifiesto como la marca es un vehículo de comunicación.

⁴⁵ Conclusiones Abogado General MENGOCZI de 10 de febrero de 2009, C-487/07, L’Oréal, ECLI:EU:C:2009:70, apartado 54.

⁴⁶ Para un mayor detalle sobre los ingredientes que componen un producto o servicio de lujo vid. S. CAMPUZANO, *La fórmula del lujo*, IE Knowledge, 2ª edición, 2019, pp. 121-149, en particular respecto a las emociones vid. pp. 137 y 138.

⁴⁷ STS de 2 de junio de 1998, n.º 518/1998, ECLI:ES:TS:1998:3618, FD 2º.

⁴⁸ El precepto homónimo en la Ley 17/2001 lo encontramos en el art. 5.1 letra g.

⁴⁹ Vid. sobre esta función I. GRIMALDOS GARCÍA, “La función de la marca como indicador de la calidad del producto o servicio a la luz de los casos Emanuel y Fiorucci”, *ADI*, tomo xviii, 2007, pp. 825-843, en particular, p. 826.

⁵⁰ STJCE de 19 de septiembre de 1998, *Canon*, C-39/97, ECLI:EU:C:1998:442, apartado 28; STJUE de 12 de julio de 2011, C-324/09, *L’Oreal vs. Ebay*, ECLI:EU:C:2011:474, apartados 80 y 81.

⁵¹ L.ALAMAR, “Función de la marca”, disponible en https://alamarabogados.com/funciones-de-la-marca/#_ftn31 (consultado el 10 de diciembre de 2023).

desde el derecho de marcas es que dicha calidad, sea alta o baja, sea homogénea y pueda ser garantizada por el titular de la marca. Si la calidad de un determinado producto se modifica y el consumidor considera que deja de cumplir sus expectativas, lo dejará de adquirir.

Para concluir, se puede afirmar que esta función es especialmente relevante en el caso de las marcas colectivas y las marcas de garantía⁵². Es decir, marcas que permiten designar productos o servicios y a los que el titular de la marca certifica que los productos designados con dicho signo se han realizado con determinados materiales, el modo de fabricación que sea seguido, la calidad o el origen geográfico, entre otras características y que permite diferenciarlos en el mercado de los que poseen esa certificación⁵³. Hay que tener presente que en las marcas individuales la función principal de la marca es indicar el origen empresarial del producto o servicio. Sin embargo, en las marcas de garantía o de certificación la función esencial es indicar la calidad de los productos o servicios que se certifican, debiendo el titular de la marca controlar el uso de la misma y que se cumple con los estándares de calidad que se certifican con esa marca. Las marcas de garantía son muy habituales en la alimentación⁵⁴ pero también las podemos encontrar en la moda. Especialmente las marcas de garantía que se han concedido en los últimos años en el sector textil están relacionadas con la moda sostenible. Un ejemplo es la marca de certificación de la UE “Global organic textile standard gots”⁵⁵.

- 4) *La función condensadora del prestigio*. La marca es una vía para que una empresa comunique información al consumidor en relación a los productos o servicios que comercializa en el tráfico económico. Una marca consigue reputación y prestigio en base a factores como la calidad de sus productos y/o servicios, cómo los presenta en el mercado o la fuerza de su mensaje publicitario. Ese arduo trabajo para el titular es recompensado desde el derecho de marcas. Así, aunque el prestigio que tiene una marca en el mercado no es tangible, el titular de la marca puede protegerse de terceros que quieren beneficiarse de su buena imagen, resultando la lesión del prestigio de una marca un motivo para que renazca el derecho de marca una vez se ha agotado el derecho (art. 15.3 RMUE). Además, el daño al prestigio de una marca es un factor muy relevante a la hora de calcular el importe de una indemnización por daños y perjuicios por infracción marcaria⁵⁶.

No obstante, sería conveniente tener presente tres aspectos:

- i. *Una marca no sólo goza de prestigio cuando tiene renombre en el mercado*⁵⁷. De este modo, a una marca se le lesiona su función condensadora del prestigio o *goodwill* cuando su imagen se lesiona por un tercero. No es relevante si la marca es renombrada o su grado de difusión en el mercado para valorar la existencia de la infracción. Los motivos que pueden dar lugar a esa lesión de la reputación de la marca pueden ser variados y tanto la Ley 17/2001, de marcas, como el RMUE, lo dejan abierto porque dependerá de las circunstancias del caso concreto. Así, la reventa original del producto con modificaciones no autorizadas por el titular de la marca, la comercialización de productos de baja calidad usando la marca sin

⁵² En relación a este tipo de marcas sin carácter exhaustivo, en la doctrina española *vid.* R. LARGO GIL, *Las marcas colectivas y las marcas de garantía*, Civitas, 2016; en la doctrina extranjera *vid.* J. BELSON, *Certification and collective marks. Law and practice*, Edward Elgar Publishers, 2018.

⁵³ La marca de garantía se regula en el art. 68 de la Ley 17/2001, de marcas. En relación al Reglamento de la marca de la UE, podemos destacar la marca de certificación (art. 89), similar a la marca de garantía pero con una importante diferencia y es que la marca de certificación de la UE no puede certificar el origen geográfico del producto o servicio al que se refiera. De este modo para la certificación del origen geográfico de un producto o servicio se debe acudir a la marca colectiva de la UE.

⁵⁴ Un ejemplo es la marca de garantía “*tierra de sabor*” que persigue identificar en el mercado productos agroalimentarios de calidad que proceden de Castilla y León.

⁵⁵ *Vid.* al respecto, <https://global-standard.org> (consultado el 10 de diciembre de 2023).

⁵⁶ Art. 43.1 Ley 17/2001, de marcas. Sobre la indemnización por desprestigio *vid.* A. GARCÍA VIDAL, *Las acciones civiles por infracción de la propiedad industrial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 610-616.

⁵⁷ SAP de Madrid de 18 de noviembre de 2013, nº 320/2013, ECLI:ES:APM:2013:20343, FD 4º.

- autorización, hacer publicidad de productos originales de la marca denigrando su imagen, entre otros, podrías ser motivos que den lugar a esa lesión del goodwill.
- ii. *El hecho de que se infrinja una marca renombrada no implica automáticamente que se dañe su prestigio*⁵⁸.
 - iii. *Para que un juez otorgue una indemnización por vulneración del prestigio de una marca es necesario tener presente el grado de difusión de la marca en el mercado y que ese daño en la imagen cause una pérdida de valor*⁵⁹. Por lo tanto, no toda lesión a la reputación de una marca lleva aparejado una indemnización por daños y perjuicios.
- 5) *La función publicitaria*. Esta función tiene lugar cuando se utiliza la marca con el fin de informar o atraer al consumidor⁶⁰. No obstante, como ha señalado la doctrina, la función publicitaria presenta diferentes vertientes⁶¹, las cuales serían: i) la tarea de promocionar el producto, la cual se desarrolla mediante la asociación que realiza el consumidor entre la marca y el producto en atención, principalmente, a experiencias anteriores; ii) la labor de publicidad que realiza la propia marca, en un mercado lleno de marcas, la marca en sí misma es un importante elemento para publicitar los productos y diferenciarlo de los de la competencia; iii) la facultad de atraer a los clientes en base a los valores que representa la marca, lo cual puede ser calidad, modernidad, *glamour*...

De este modo, el titular de una marca puede prohibir que terceros sin su consentimiento usen un signo idéntico para los productos o servicios para los que está registrada su marca cuando dicho uso afecte a la utilización de la marca por su titular en la promoción de las ventas o como instrumento de la estrategia comercial⁶². En particular, el art. 9.3 RMUE señala la prohibición de utilizar la marca en documentos mercantiles y publicidad y la de utilizar el signo en publicidad comparativa, de una forma contraria a la Directiva 2006/114/CE⁶³.

Un aspecto a tener presente es que la función publicitaria está estrechamente relacionada con la función informativa y al igual que sucedía con aquella, no se puede engañar al consumidor. Además, esta función publicitaria quedaría limitada también por otras normas como la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal⁶⁴ (en adelante, LCD) y la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad⁶⁵.

Teniendo presente la jurisprudencia del TJUE se podrían destacar cinco aspectos relevantes a tener presente sobre la función publicitaria de la marca que el titular de la marca debe tener en cuenta:

- a. Una vez que el producto de marca ya se ha comercializado por su titular o por un tercero con su consentimiento y el derecho de marca está agotado⁶⁶, el titular no puede oponerse a que terceros comerciantes que revenden sus productos puedan también usar la marca para publicitar la reventa de los mismos⁶⁷.
- b. El titular de la marca tampoco podría oponerse a que un comerciante que normalmente vende el mismo tipo de productos que el titular de la marca pero no necesariamente de la misma calidad anuncie la marca conforme a los métodos habituales de su ramo de actividad para revender los productos⁶⁸. No obstante, este uso publicitario de los terceros no es ilimitado, el derecho de marca renacería y se consideraría una excepción al agotamiento

⁵⁸ SAP de Alicante de 19 de noviembre de 2009, n° 441/2009, ECLI:ES:APA:2009:3655, FD 12°.

⁵⁹ A. GARCÍA VIDAL, *Las acciones civiles*..., p. 613.

⁶⁰ STJUE de 25 de julio de 2018, C-129/17, *Mitsubishi*, ECLI:EU:C:2018:594, apartado 37.

⁶¹ R. GARCÍA PÉREZ, *La expansión del derecho de marca. De la marca como indicación de la procedencia empresarial a la multifuncionalidad jurídica de la marca*, Marcial Pons, Madrid, 2021, p. 248.

⁶² STJUE de 23 de marzo de 2010, C-236/08 a C-238/08, *Google France*, ECLI:EU:C:2010:159, apartados 91 y 92.

⁶³ Directiva L 376/21, de 27 de diciembre de 2006.

⁶⁴ BOE núm. 10, de 11 de enero de 1991.

⁶⁵ BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 1988.

⁶⁶ Sobre el agotamiento del derecho de marca *vid.* apartado V del presente trabajo.

⁶⁷ STJCE de 4 de noviembre de 1997, C-337/95, *Parfums Christian Dior*, ECLI:EU:C:1997:517, apartado 38.

⁶⁸ *Ibidem*, apartado 48.

- cuando el tercero coloca la marca en un folleto publicitario junto con otros productos que por su tipología puedan denigrar la imagen de prestigio de la marca⁶⁹. Ese daño que puede causar la publicidad del tercero en la marca se debe valorar conforme a las circunstancias del caso concreto.
- c. El titular de una marca no puede prohibir que un tercero use la marca para indicar el destino de un producto o de un servicio⁷⁰. Esto tiene lugar especialmente en el caso de talleres independientes que reparan vehículos de marcas de terceros. En la práctica es imposible no utilizar la marca del tercero cuando el negocio consiste en reparar o mantener sus vehículos. Ese uso publicitario de la marca para indicar un servicio no se va a poder prohibir por el titular de la marca.
 - d. Un tercero que utiliza la marca de otro en publicidad avalado por el agotamiento del derecho de marca no puede en esa publicidad dar la impresión de que existe un vínculo comercial entre el comerciante y el titular de la marca, en especial que dé la impresión por el uso de la marca del tercero en publicidad de que éste pertenece a la red oficial de distribución del titular de la marca o que existe una relación especial entre ambas empresas⁷¹. Este puede ser un argumento a tener presente para que el titular de la marca pueda oponerse legítimamente al *upcycling* haciendo renacer el derecho de marca.
 - e. El titular de la marca puede prohibir que un tercero utilice una palabra clave idéntica a su marca para hacer publicidad de productos o servicios idénticos para los que está registrada la misma en el caso de que dicha publicidad no permita a un internauta medio determinar si los productos que se anuncian proceden del titular de la marca, de una empresa económicamente vinculada a ésta o proceden de un tercero⁷².
- 6) *La función de inversión*. Esta función ha sido definida por el TJUE como aquella función mediante la cual se usa la marca para adquirir o conservar una cierta reputación para atraer a los consumidores y ganar una clientela fiel⁷³. Esa reputación que tiene una marca en el mercado se puede conseguir mediante publicidad pero también mediante otras técnicas comerciales. Dichas técnicas pueden ser muy variadas, las cuales pueden incluir desde una estrategia comercial creada *ad hoc* para diferenciarse de la competencia, el uso de envases⁷⁴ de mayor calidad y/u originales y diferenciadores, el uso de determinados materiales en la fabricación de los productos para ser más sostenible, etc.

Para determinar en qué casos la función de inversión de una marca se menoscaba es necesario tener presente dos escenarios⁷⁵:

- i. *La marca no ha adquirido reputación en el mercado*. En este caso se considera que la función de inversión se lesiona por un tercero cuando éste usa un signo idéntico a dicha marca para productos o servicios idénticos a aquellos para los que está registrada de tal forma que supone al titular de la marca un obstáculo esencial para adquirir o conservar una reputación que permita atraer a los consumidores y ganarse una clientela fiel.
- ii. *La marca ya tiene reputación en el mercado*. En este supuesto el titular ve lesionada la función de inversión cuando el uso de un tercero de un signo idéntico a dicha marca para productos o servicios idénticos a aquellos para los que está registrada afecta a esa reputación que la marca ostenta y pone en peligro su mantenimiento.

⁶⁹ *Ibidem*, apartados 43 a 45 y 47.

⁷⁰ STJUE de 23 de febrero de 1999, C-63/97, *BMW c. Deenik*, ECLI:EU:C:1999:82, apartado 58.

⁷¹ *Ibidem*, apartado 51.

⁷² STJUE de 23 de marzo de 2010, C-236/08 a C-238/08, *Google France*, ECLI:EU:C:2010:159, apartado 99.

⁷³ STJUE de 22 de septiembre de 2011, C-323/09, *Interflora*, ECLI:EU:C:2011:604, apartado 61.

⁷⁴ STJUE 12 julio 2011, C-324/09, *L'Oréal c. E-Bay*, ECLI:EU:C:2011:474, apartado 83.

⁷⁵ STJUE de 22 de septiembre de 2011, C-323/09, *Interflora*, ECLI:EU:C:2011:604, apartados 62 y 63.

En contraposición, no se considera que existe vulneración de la función de inversión cuando un tercero, en condiciones de competencia leal y respetuosa con la función de indicación del origen de la marca, usa un signo idéntico a una marca registrada para los mismos productos o servicios cuando la única consecuencia que se deriva de dicho uso es que el titular de la marca debe adaptar sus esfuerzos para adquirir o conservar una reputación que le permita atraer a los consumidores y ganarse una clientela fiel. El titular de la marca no puede alegar el hecho de que ese uso del tercero implique que algunos consumidores se desvíen de los productos o servicios que lleven dicha marca⁷⁶.

3. El contenido del derecho de marca

21. El contenido del derecho de marca se regula en los arts. 9 a 29 RMUE⁷⁷. El conocer las prerrogativas que ostenta el titular y cuándo una marca se podría llegar a infringir nos podría llevar a determinar si una empresa que recurre a la técnica del *upcycling* estaría infringiendo un derecho de marca.

22. El derecho de marca otorga al titular la facultad de prohibir que terceros usen el signo en relación a productos o servicios en el tráfico económico sin su autorización. Por lo tanto, se podría afirmar que el *upcycling* no supondría una infracción marcaria cuando se enmarca en meras actividades privadas, no vinculadas con actividades comerciales. Sin embargo, al igual que sucede cuando se parodia una marca⁷⁸, más dudas surgen cuando el *upcycling* se enmarca entre la actividad privada y la comercial ya que se puede considerar que existe uso de la marca en el tráfico económico.

En la actualidad el derecho de marcas se configura como un derecho de vertiente negativa⁷⁹. Esto es así debido a la jurisprudencia del TJUE⁸⁰, que posteriormente se siguió por nuestro Tribunal Supremo⁸¹ y que se incorporó en la Ley 17/2001 en la reforma del año 2019⁸². Este cambio dio lugar a que se tuviera que dejar la doctrina jurisprudencial existente hasta ese momento⁸³. Este cambio fue importante para los titulares de los derechos de marcas debido a que afecta de lleno en el ejercicio de su derecho en la práctica. Así, en la actualidad, el derecho de exclusiva que un titular ostentaría con una marca consiste en la capacidad de prohibir a terceros (extensible también a terceros titulares de marcas, ya sean de la UE o nacionales) el uso en el tráfico económico de signos idénticos o similares de su marca. Este derecho legitima al titular de la marca anterior a poder reclamar ante los tribunales la vulneración de su marca y una indemnización por daños y perjuicios sin necesidad de una declaración previa de nulidad. También este *ius prohibendi* tiene su reflejo en la vertiente registral del derecho exclusivo de marcas. Así, el titular de un derecho de marca anterior puede evitar que terceros registren como marca un signo distintivo que pueda resultar incompatible con ese signo anterior.

23. Una cuestión que surge es el alcance de ese *ius prohibendi* que confiere el derecho de marcas nacional y europeo. Es decir, si se puede prohibir cualquier uso de una marca en relación con productos o servicios o sólo los usos en relación a productos o servicios que se realizan por el tercero con finalidad distintiva. Esto se denomina uso a “título de marca” e implica que el monopolio que concede el derecho

⁷⁶ STJUE de 22 de septiembre de 2011, C-323/09, *Interflora*, ECLI:EU:C:2011:604, apartado 64.

⁷⁷ De forma similar en los arts. 34 a 50 de la Ley 17/2001, de marcas.

⁷⁸ *Vid.* al respecto, S. JAQUES, “A parody Exception: Why trademark owners should get the joke?”, *European Intellectual Property Review*, 38 p. 3.

⁷⁹ F. RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, “Marcas y nombres comerciales y sector de la moda”, en E. ORTEGA BURGOS, *Tratado de Derecho de la moda (Fashion Law)*, Thomson Reuters Aranzadi, 2022, p. 81.

⁸⁰ STJUE de 21 de febrero de 2013, C-561/11, *Fédération Cynologique Internationale*, ECLI:EU:C:2013:91 apartado 48; STJUE de 10 de marzo de 2015

⁸¹ STS de 14 de octubre de 2014, n° 520/2014, *Denso*, ECLI:ES:TS:2014:5089, FD 5°; STS de 28 de octubre de 2014, n° 586/2014, *Douglas*, ECLI:ES:TS:2014:5562, FD 6°; STS de 2 de marzo de 2017, n° 151/2017, *la información*, ECLI:ES:TS:2017:726, FD 9°.

⁸² En atención a lo establecido por la Directiva 2015/2436, como ya se ha señalado anteriormente, estos cambios en la Ley de marcas por el Real Decreto-Ley 23/2018.

⁸³ Ejemplificada en sentencias como la del TS de 7 de julio de 2006, n° 717/2006, *L'Oreal*, ECLI:ES:TS:2006:3936 o la del 4 de abril de 2012, n° 177/2012, ECLI:ES:TS:2012:3107.

de marca se limite a prohibir el uso de la marca cuando el tercero usa la marca de otro con la finalidad de distinguir sus productos o servicios. Hay un sector doctrinal para el que sólo habría infracción marcaria si el tercero usa la marca con dicha finalidad distintiva⁸⁴. Así, en base a esta posición se quedarían fuera de la infracción marcaria usos meramente comunicativos⁸⁵.

Sin embargo, el derecho de marcas europeo no sigue esta posición doctrinal más proveniente de Estados Unidos⁸⁶ en la cual prima la tesis de la función económica de la marca⁸⁷. En atención a esta tesis, desde una perspectiva jurídica, lo que debe proteger una marca es a los consumidores y la competencia debiéndose salvaguardar únicamente la función esencial indicadora del origen. Sin embargo, si al titular de la marca también es sujeto de protección, además de la función esencial de la marca se deben salvaguardar otras funciones de la marca como la publicitaria o la de inversión. De hecho, se podría afirmar que la interpretación actual por parte del TJUE del derecho de marcas europeo se aleja de esa tesis de la función económica de la marca. Así, de diferentes resoluciones judiciales se puede observar como el TJUE⁸⁸ persigue proteger a los consumidores y a la competencia, pero también a los titulares de los signos distintivos. Por ende, la protección de la marca va más allá de la proteger únicamente la función indicadora del origen del producto o servicio que con ella se designa, sino que se protegen también otras funciones, aunque se trate de marcas no renombradas⁸⁹. De este modo, aunque en un primer momento se podría afirmar que la protección jurídica de las marcas en el derecho europeo se ha ampliado de forma considerable en los últimos años⁹⁰, es también cierto, como estudiaremos posteriormente, que esa amplia protección se ha acotado debido a que el TJUE ha convertido las funciones de las marcas en diques de contención⁹¹. En otras palabras, la lesión a las funciones que puede cumplir una marca se han convertido en presupuestos necesarios para que se pueda considerar que existe infracción del derecho de marca.

V. La vulneración del derecho de marca: el riesgo de confusión

1. Introducción

24. El derecho de marca se vulneraría cuando algunas de las funciones de la marca se lesionen. No obstante, en función del escenario es posible diferenciar presupuestos diferentes para que la lesión tenga lugar, así se puede distinguir entre: 1) La lesión de la marca en los casos de doble identidad (art. 9.2 letra a RMUE); 2) La lesión de la marca por riesgo de confusión (art.9.2 letra b RMUE); 3) La lesión de la marca por obtención de una desventaja desleal del renombre (art. 9.2 letra c RMUE). En el presente trabajo nos centraremos en las dos primeras infracciones.

2. La vulneración de un derecho de marca por doble identidad

25. En atención al art. 9.2 letra a RMUE, la infracción de una marca por doble identidad tiene lugar cuando un tercero usa un signo distintivo igual a una marca idéntica registrada para productos o

⁸⁴ *Vid per alia*, A. SUÑOL LUCEA, “El presupuesto de uso en el tráfico económico para productos o servicios en el actual derecho de marcas”, *INDRET*, octubre 2012, pp. 1 a 82, en particular, p. 49. Artículo disponible en https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/936.es_2.pdf (consultado el 10 de diciembre de 2023).

⁸⁵ *Ibidem*, p. 70.

⁸⁶ J. LITMAN, “Breakfast with Batman: the Public Interest in the Advertising Age”, *Yale Law Journal*, vol. 108, nº 7, 1999, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2813639 (consultado el 10 de diciembre de 2023).

⁸⁷ Sobre la función económica de la marca *vid.* A. SUÑOL LUCEA, *Estudios sobre la función y la protección de la marca*, Granada, Comares, 2023, pp. 1 a 8.

⁸⁸ STJUE de 18 de junio de 2009, *L’Oreal*, C-487/07, ECLI:EU:C:2009:378; STJUE de 22 de septiembre de 2011, C-323/09, *Interflora*, ECLI:EU:C:2011:604; STJUE de 6 de febrero de 2014, C-65/12, *Leidseplein Beheer BV*, ECLI:EU:C:2014:49.

⁸⁹ STJUE de 22 de septiembre de 2011, *Interflora*, ECLI:EU:C:2011:604, apartado 40.

⁹⁰ En contra de esta posición *vid.* A. SUÑOL LUCEA, *Estudios sobre la...*, pp. 165 y ss., donde la autora propone que se vuelva a aplicar de forma estricta el uso “a título de marca” para no ampliar tanto el radio de protección que tienen actualmente las marcas.

⁹¹ R. GARCÍA PÉREZ, *La expansión del derecho...*, p. 272.

servicios idénticos para los que está registrada dicha marca. En estos casos a pesar de que el margen de interpretación es escaso no se considera que existe infracción marcaria de forma automática⁹² sino que debe existir lesión en alguna de las funciones de la marca⁹³. En este escenario cualquiera de las funciones que se lesionara implicaría infracción del derecho de marca. Esto es una diferencia con la infracción de marca por riesgo de confusión, en la que, como estudiaremos a continuación, la marca se lesionaría cuando se vulnera la función esencial de indicación del origen de los productos.

No obstante, el análisis de las funciones que se lesionan de la marca en el caso de la doble identidad no es en abstracto⁹⁴, es necesario analizar de forma concreta las circunstancias particulares en las que se comercializaron los productos que presuntamente infringen el derecho de marca⁹⁵.

26. Un ejemplo de doble identidad en relación con el *upcycling* es cuando el tercero utiliza copias en lugar de originales para hacer esas creaciones. Esta es una duda que presentan estos asuntos cuando los titulares de las marcas se enfrentan a los mismos, si las partes de productos que se corresponden con marcas registradas, son originales o son falsos. Y esto no es un aspecto baladí porque la estrategia para la defensa de la marca varía en atención a si las partes de los productos que se utilizan para el *upcycling* son originales o son meras copias. En el caso de ser copias se podría plantear una demanda civil por infracción marcaria por doble identidad en atención al art. 9. 2 letra a RMUE⁹⁶. Sin embargo, si son originales las partes de los productos que se utilizan y esos productos ya se han puesto en el mercado por sus titulares habrá que atender, como estudiaremos posteriormente, si el derecho de marca está agotado o si existen alguna de sus excepciones para valorar si ha podido existir una infracción del derecho de marca.

3. La vulneración de un derecho de marca por riesgo de confusión

A) Introducción

27. En atención al art. 9.2 letra b RMUE, la lesión de una marca por riesgo de confusión tendría lugar cuando un tercero usa un signo similar a una marca de la UE en relación a productos o servicios idénticos o similares siempre que exista un riesgo de confusión por parte del público.

28. Por lo tanto, para que esta infracción del derecho de marca tenga lugar es necesario que se cumplan tres requisitos cumulativos: i) El signo que usa el tercero debe ser idéntico o similar; ii) Los productos o servicios que se designan con ese signo presuntamente infractor deben ser idénticos o similares; iii) ese uso genera un riesgo de confusión.

B) El signo distintivo que usa el tercero debe ser idéntico o similar

29. Para determinar el grado de similitud entre dos marcas se debe valorar la impresión en conjunto desde tres perspectivas diferentes⁹⁷: a) la similitud gráfica o visual; b) la similitud fonética; c) la similitud conceptual.

30. La *similitud gráfica* implica un análisis de los colores, la disposición de los mismos, elementos figurativos, su estructura, etc. Cuando se trata de signos relacionados con la moda, la impresión

⁹² *Ibidem*, p. 273.

⁹³ STJUE de 22 de septiembre de 2011, C-323/09, *Interflora*, ECLI:EU:C:2011:604, apartado 37.

⁹⁴ R. GARCÍA PÉREZ, *La expansión del derecho...*, p. 273.

⁹⁵ STJUE de 18 de julio de 2013, C-252/12, *Specsavers*, ECLI:EU:C:2013:497, apartado 45.

⁹⁶ Para un caso de reciente de como la copia se considera infracción por doble identidad *vid.*, SAP de 26 de abril de 2023, nº 226/2023, ECLI:ES:APA:2023:266, FD 3º.

⁹⁷ En la jurisprudencia del TJUE *vid.* STJCE de 22 de junio de 1999, C-342/97, *Lloyd*, ECLI:EU:C:1999:323, apartado 25. En la de nuestro TS *vid.* STS de 15 de septiembre de 2017, nº 504/2017, ECLI:ES:TS:2017:3278, FD 6º.

visual cobra especial relevancia debido a que el consumidor selecciona en gran medida en base a esas impresiones visuales. Las compras en moda suelen en gran medida basarse en el impulso y uno de los factores que invitan a realizarlas es ese factor visual. No obstante, ese aspecto visual de la marca también es relevante en otro tipo de productos de gran consumo como puede ser aceite⁹⁸ o galletas⁹⁹ donde en el lineal del supermercado hay diferentes envases o marcas se ha señalado que para ese tipo de productos el consumidor especialmente se guía por impacto visual de la marca que busca.

31. La *similitud fonética* es apreciar cómo suenan las marcas, de los fonemas que se componen, sus palabras, su longitud, la entonación para pronunciarla, entre otros aspectos que pudiera ser relevantes para apreciar esa similitud. Hay que tener en cuenta que la primera parte de un signo tiene una influencia mayor en el consumidor debido a que es la que éste suele recordar mejor¹⁰⁰.

32. Por su parte, la *similitud conceptual* es el concepto o idea al que evocan las marcas. Los conceptos a los que las marcas evocan son contrapuestos si una de las marcas en conflicto se refiere a productos relacionados con un estilo de vida saludable donde prima el cuidado personal mientras que la otra el concepto es relacionado con productos que no aportan nada al bienestar personal, más bien lo contrario. La similitud conceptual guarda una especial relevancia porque en ocasiones se ha utiliza para compensar las similitudes o diferencias que puedan existir en un plano más gráfico o fonético¹⁰¹.

33. Otro aspecto que hay que tener presente para determinar la similitud entre marcas es la estructura signo¹⁰². No es lo mismo comparar marcas denominativas que marcas figurativas o marcas compuestas. Los tribunales han señalado que cuando se compara una marca denominativa con una marca mixta hay que atender a los elementos denominativos¹⁰³.

C) Los productos o servicios que se designan con ese signo presuntamente infractor deben ser idénticos o similares

34. Para poder determinar si dos productos o servicios son idénticos habría que tener presente su naturaleza, su uso, su carácter competidor, la distribución que se realiza, el público al que van dirigido esos productos o servicios y otros factores como su carácter complementario¹⁰⁴.

En el caso de la moda, la complementariedad entre productos es un factor a tener presente para considerar si los productos son iguales o semejantes. Aunque el criterio jurisprudencial no es unánime al respecto¹⁰⁵, ha habido alguna resolución en la que se ha considerado que hay similitud entre prendas y gafas de sol debido a que a pesar de que son productos distintos, las últimas son complementarias de las primeras ya que completan el *outfit* de una persona y que son productos que pertenecen a una misma familia de productos relacionados con la moda¹⁰⁶. De igual manera cabría preguntarse si esa complementariedad entre productos podría existir también entre prendas de vestir y bolsos o entre prendas de vestir y joyas, productos que pertenecen a categorías diferentes de la Clasificación de Niza. Una de las últimas resoluciones que se ha pronunciado sobre la complementariedad entre prendas de vestir y relojes ha sido

⁹⁸ STJUE de 3 de septiembre de 2009, C-498/07, *La española*, ECLI:EU:C:2009:503, apartado 75.

⁹⁹ Sentencia Juzgado de lo mercantil nº 8 de Barcelona, nº 123/2009, ECLI:ES:JMB:2019:184, demanda interpuesta por la empresa Artiach S.A por infracción marcaria contra la empresa la Flor Burgalesa porque esta última también comercializaba galletas con forma de dinosaurio. El juez consideró que no existía riesgo de confusión entre las marcas a pesar de que en las cajas de ambas se recogían imágenes de dinosaurios y las propias galletas tenían forma de dinosaurio.

¹⁰⁰ STPI de 25 de marzo de 2009, T-109/07, *Spa Therapy*, ECLI:EU:T:2009:81, apartado 30.

¹⁰¹ F. RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, “Marcas y nombres comerciales y sector de la moda”, en E. ORTEGA BURGOS, *Tratado de Derecho de la moda (Fashion Law)*, Thomson Reuters Aranzadi, 2022, p. 83.

¹⁰² STS de 20 de junio de 2016, nº 2016/87641.

¹⁰³ STS de 9 de mayo de 2016, nº 302/2016, ECLI:ES:TS:2016:1903, FD 14.

¹⁰⁴ STJCE de 19 de septiembre de 1998, *Canon*, C-39/97, ECLI:EU:C:1998:442, apartado 23.

¹⁰⁵ STPI de 24 de septiembre de 2008, T-116/06, ECLI:EU:T:2008:399, apartados 86 y 87.

¹⁰⁶ SAP de Alicante de 26 de octubre de 2017, nº 428/2017.

la STGUE de 18 de enero de 2023¹⁰⁷. En este último asunto el TGUE consideró que no se trataban de productos complementarios. Por lo tanto, debido a la falta de un criterio jurisprudencial homogéneo habrá que atender al caso concreto para determinar si esa complementariedad entre productos diferentes pero muy relacionados con la moda tiene lugar.

D) El uso crea riesgo de confusión

35. Cuando el juzgador *a quo* considera que las marcas son idénticas o similares y que los productos o servicios que designan también lo son, el último requisito para considerar que existe infracción marcaria conforme al art. 9.2 letra b) RMUE es analizar si los usos dan lugar a un riesgo de confusión. Es decir, si derivado de esos usos un consumidor medio¹⁰⁸ podría pensar, aunque fuera hipotéticamente, que la empresa que usa los signos en conflicto y el titular de la marca son la misma entidad o bien que tienen un vínculo ya sea económico o empresarial. Esta noción de confusión ha ido cambiando con el paso de los años debido a que el TJUE ha ido realizando una interpretación cada vez más amplia con el fin de proteger a los titulares de las marcas anteriores¹⁰⁹. De este modo, sería posible diferenciar dos etapas del TJUE en la noción de confusión:

- a) *Primera etapa*. En esta etapa podíamos diferenciar entre¹¹⁰: i) la noción de confusión en sentido estricto; ii) la noción de confusión en sentido amplio o riesgo de asociación.

Por un lado, la noción de confusión en sentido estricto consistía en esos supuestos en los que el público relevante confundía el signo controvertido y la marca¹¹¹. Por el otro, la noción de confusión en sentido amplio o riesgo de asociación implicaba que el tercero que usaba el signo controvertido con ese uso inducía a creer que entre él y el titular de la marca había una relación, un vínculo ya fuera económico o jurídico¹¹².

- b) *Etapla actual*. En la etapa actual se podría afirmar que la noción amplia de riesgo de confusión expuesta anteriormente se ha ampliado todavía más¹¹³. Sobre todo se ha observado esta tendencia del TJUE en los supuestos relacionados con la publicidad en internet. Así, en asuntos como *Google France*, el TJUE consideró que se podía entender que existía riesgo de confusión cuando el anuncio no permite al internauta normalmente informado y razonablemente atento determinar si los productos o servicios anunciados proceden del titular de la marca o de una empresa vinculada económicamente con el titular o proceden de un tercero¹¹⁴. El TJUE consideró que existía riesgo de confusión, y que, por lo tanto, se vulneraba la función esencial de la marca tanto cuando los anuncios en internet sugerían un vínculo económico entre el titular de la marca y el tercero¹¹⁵ como en aquellos supuestos en los que los anuncios no aludían a ningún vínculo económico pero el origen de los productos o servicios en el anuncio se formulaba de forma imprecisa que el internauta medio no podía determinar,

¹⁰⁷ STGUE de 18 de enero de 2023, T-726/21, *Rolex*, ECLI:EU:T:2023:6, apartados 23 y 32.

¹⁰⁸ El concepto de consumidor medio razonablemente informado, atento y perspicaz ha sido establecido por el TJUE en numerosas resoluciones (de las primeras *vid.* STJCE de 22 de junio de 1999, C-342/97, *Lloyd*, ECLI:EU:C:1999:323, apartado 26). El TJCE coge este concepto de consumidor que aplica al derecho de marcas de su jurisprudencia sobre publicidad engañosa, *vid.* STJCE de 16 de julio de 1998, C-210/96, *Gut Springenheide GmbH y Rudolf Tusky*, ECLI:EU:C:1998:369, apartado 31.

¹⁰⁹ Hay doctrina que considera que la noción de confusión se ha extendido demasiado por parte del TJUE tanto desde una óptica material como temporal, *vid.* al respecto, A. SUÑOL LUCEA, *Estudios sobre la...*, p. 139.

¹¹⁰ A. SUÑOL LUCEA, *Estudios sobre la...*, p. 139.

¹¹¹ STJUE de 11 de noviembre de 1997, C-252/95, *Sabel*, ECLI:EU:C:1997:528, apartado 18.

¹¹² STJCE de 22 de junio de 1999, C-342/97, *Lloyd*, ECLI:EU:C:1999:323, apartado 17; STJUE de 12 de junio de 2008, C-533/06, *O2*, ECLI:EU:C:2008:339, apartado 59.

¹¹³ *Vid.* A. SUÑOL LUCEA, *Estudios sobre la...*, pp. 142-148.

¹¹⁴ STJUE de 23 de marzo de 2010, C-236/08 a C-238/08, *Google France*, ECLI:EU:C:2010:159, apartado 84.

¹¹⁵ STJUE de 23 de marzo de 2010, C-236/08 a C-238/08, *Google France*, ECLI:EU:C:2010:159, apartado 89.

sobre la base del enlace promocional y el texto que lo acompañaba, si el anunciante de esos productos o servicios era el titular de la marca o un tercero¹¹⁶. No obstante, esta postura se matizó en el asunto *Interflora*, precisando que para considerar si existe riesgo de confusión cuando se trata de anuncios por internet no es suficiente con el hecho de que algunos consumidores puedan tener problemas para saber si dicho anuncio (impreciso en cuanto al origen del producto o servicio) procede del titular de la marca o de un tercero¹¹⁷. De este modo, sería también necesario analizar para determinar que existe riesgo de confusión y que se lesiona, por ende, la función esencial de la marca, las características del mercado de ese concreto sector y los conocimientos generales que ostentan los consumidores¹¹⁸.

36. Otro elemento relevante es el momento temporal del riesgo de confusión, el cual se podría pensar que es únicamente en el momento en el que el consumidor va a adquirir los productos o servicios. Sin embargo, para el TJUE la confusión no sólo podría tener lugar en dicho momento, en el de la adquisición, según sentencias como *Arsenal Football Club*¹¹⁹ esa confusión en cuanto al origen del producto o servicios se puede producir también en un momento posterior a la venta (confusión post venta¹²⁰) o incluso antes de que el consumidor adquiera el producto (confusión pre venta). En relación a la confusión preventa, el TJUE en el asunto *Portakabin* precisó que el riesgo de confusión puede tener lugar antes de la adquisición del producto aunque posteriormente dicha confusión se diluya antes de la compra del producto¹²¹. Este escenario podría tener lugar en supuestos de publicidad en internet en los que un consumidor *ad ex.*, introduce en un motor de búsqueda las palabras claves “bolsos Loewe” y en los resultados de búsqueda aparecen diferentes enlaces promocionales y uno de ellos aparece la indicación “bolsos originales”¹²². Debido a la redacción del enlace promocional podemos pinchar en dicha web con la creencia de encontrar bolsos de la firma *Loewe* pero una vez en dicho sitio web nos damos cuenta de que en lugar de bolsos de la marca *Loewe* los bolsos que se venden son de la marca *Wewe*. Para el TJUE este tipo de situaciones genera un riesgo de confusión que aunque se pudiera desvanecer poco después genera una duda al consumidor sobre la procedencia del producto¹²³.

Respecto a la confusión post venta, esta tendría lugar cuando el producto original se vende por un tercero y aunque en su punto de venta advierte de que los productos que comercializa con esa marca no son “productos oficiales”, el TJUE ha considerado que puede haber riesgo de confusión sobre el origen del producto (de si proviene esa reventa del tercero o del titular de la marca) para aquellos consumidores que adquieren el producto en puntos de venta que no son los de ese tercero en los que aparece el *disclaimer*¹²⁴. El TJUE basó su razonamiento en que ese uso de la marca por el tercero, el cual comercializaba tanto productos oficiales como no oficiales y advertía de ello, pero aun así para el tribunal podía poner en peligro la garantía de procedencia del producto la cual constituye la función esencial de la marca¹²⁵.

37. En definitiva, el riesgo de confusión para que una marca se infrinja debe apreciarse de forma global y atendiendo a las circunstancias del caso en concreto. Es decir, para el TJUE el análisis no es en abstracto¹²⁶ sino que hay que atender al caso en particular que se analiza, a sus hechos¹²⁷. Esto implica

¹¹⁶ *Ibidem*, apartado 90.

¹¹⁷ STJUE de 22 de septiembre de 2011, C-323/09, *Interflora*, ECLI:EU:C:2011:604, apartado 50.

¹¹⁸ *Ibidem*, apartado 51.

¹¹⁹ STJUE de 12 de noviembre de 2002, C-206/01, *Arsenal Football Club*, ECLI:EU:C:2002:651.

¹²⁰ La doctrina ha criticado esta forma tan amplia de entender la noción de confusión debido a la inseguridad jurídica que crea, *vid.*, A. SUÑOL LUCEA, *Estudios sobre la...*, pp. 141 y 142. Sobre

¹²¹ STJUE de 8 de julio de 2010, C-558/08, *Portakabin*, ECLI:EU:C:2010:416, apartados 68, 70 y 72.

¹²² *Vid.*, A. SUÑOL LUCEA, *Estudios sobre la...*, p. 142.

¹²³ STJUE de 8 de julio de 2010, C-558/08, *Portakabin*, ECLI:EU:C:2010:416, apartados 70 a 72.

¹²⁴ STJUE de 12 de noviembre de 2002, C-206/01, *Arsenal Football Club*, ECLI:EU:C:2002:651, apartado 57.

¹²⁵ *Ibidem*, apartado 60.

¹²⁶ Como sucede en sede registral cuando se dirige una acción de oposición.

¹²⁷ STJUE de 18 de julio de 2013, C-252/12, *Specsavers*, ECLI:EU:C:2013:497, apartado 45. También en el mismo sentido, STJUE de 12 de junio de 2008, C-533/06, *O2*, ECLI:EU:C:2008:339, apartado 64.

considerar cómo usa la marca el titular (aunque este uso pudiera diferir de la forma en la que la marca en el registro) y también cómo usa el tercero el signo en conflicto¹²⁸. Este análisis se realiza porque es relevante cómo percibe el consumidor la marca anterior supuestamente infringida¹²⁹.

38. Por último, los factores que se tienen presente para determinar si existe riesgo de confusión pueden ser variados como los usos en el sector, el tipo de producto, pero, en particular vamos a destacar tres¹³⁰:

- a) *El consumidor medio y su grado de atención.* El TJUE ha desarrollado una doctrina bastante particular en cuanto a la percepción del consumidor para determinar en qué se supuestos se le podría confundir¹³¹. En general el grado de atención que tendría el consumidor es medio, se trataría de un consumidor razonablemente informado, atento y perspicaz, pero que en ningún caso es un experto. Este consumidor medio percibiría las marcas como un todo sin atender a los detalles, se presume que rara vez podría comparar las dos marcas en conflicto de forma directa por lo que tendría una imagen imperfecta de las mismas¹³². Esto hace que la distintividad de la marca, sus elementos más dominantes sean importantes para saber si podría existir riesgo de confusión, ya que es lo que mejor podría recordar el consumidor, lo más llamativo respecto a esa marca. El TJUE también ha señalado que el grado de atención del consumidor varía en función del tipo de producto¹³³. Aunque el grado de atención del consumidor se presume medio, el tipo de producto es determinante para saber si el producto se dirige a un público general o a un público experto.

En el caso de la moda, las prendas o complementos dirigidos a un público de consumo masivo, debido a que se derivan de un modelo de negocio basado en el *fast fashion*, el grado de atención que se considera que suele tener este tipo de consumidor es medio¹³⁴. Sin embargo, en el caso de productos de lujo, este consumidor es más experto (por diferentes motivos, por el precio de los productos, por su calidad, por la experiencia que se persigue con los mismos, etc.) y se puede presumir que el grado de atención es alto. Del mismo modo sucedería con la ropa dirigida a profesionales concretos, *ad ex.*, ropa para *chefs* de cocina, ropa de trabajadores de la construcción u otro tipo de ropa dirigida a un profesional específico. El grado de atención del consumidor es más elevado si el público al va dirigido el producto o servicio es para profesionales o consumidores especializados¹³⁵. Así, cuanto mayor es el grado de atención del consumidor, más difícil es que exista riesgo de confusión.

- b) *El grado de conocimiento de la marca en el mercado.* En el caso de marcas renombradas o muy conocidas por el público en general el TJUE ha venido considerando que a mayor conocimiento, mayor protección debido a que cuanto más conocida es una marca más riesgo de confusión existe¹³⁶. Sobre este particular hay doctrina que mantiene una posición crítica con la postura del TJUE. El razonamiento de estos autores descansa en que no hay datos objetivos que permiten afirmar que el riesgo de confusión aumenta cuando la marca es renombrada¹³⁷. Para la profesora ÁUREA SUÑOL, una marca por ser renombrada ya cuenta con

¹²⁸ STJUE de 18 de julio de 2013, C-252/12, *Specsavers*, ECLI:EU:C:2013:497, apartado 45.

¹²⁹ *Idem*, apartados 48 y 49.

¹³⁰ *Per alia*, *vid.* STJUE de 11 de noviembre de 1997, C-252/95, *Sabel*, ECLI:EU:C:1997:528, apartado 22.

¹³¹ Sobre este particular para un mayor detalle *vid.* las directrices de examen de la EUIPO, Parte C, Sección 2, doble identidad o riesgo de confusión, disponible en <https://guidelines.euipo.europa.eu/2058843/1788020/trade-mark-guidelines/section-2-double-identity-and-likelihood-of-confusion> (consultado el 10 de diciembre de 2023).

¹³² STJCE de 22 de junio de 1999, C-342/97, *Lloyd*, ECLI:EU:C:1999:323, apartado 26.

¹³³ *Ibidem*, apartado 26.

¹³⁴ F. RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, "Marcas y nombres comerciales...", p. 87.

¹³⁵ STPI de 14 de julio de 2005, T-126/03, *Aladin*, ECLI:EU:T:2005:288, apartado 81.

¹³⁶ *Per alia* *vid.* STJCE de 11 de noviembre de 1997, C-252/95, *Sabel*, ECLI:EU:C:1997:528, apartado 24 y STJCE de 18 de junio de 2009, L'Oréal y otros, C-487/07, ECLI:EU:C:2009:378, apartado 44.

¹³⁷ *Vid.* A. SUÑOL LUCEA, *Estudios sobre la...*, p. 146.

una protección especial¹³⁸, por lo que no es necesario hacer mayores correcciones en lo que respecta al riesgo de confusión, ya que genera inseguridad jurídica y afecta negativamente a la libre competencia ese afán tan desmesurado (a su juicio) de proteger la inversión que realizan los titulares de marcas anteriores¹³⁹.

- c) *El principio de interdependencia*. Este principio significa que un bajo grado de similitud entre las marcas en conflicto podría compensarse con un alto grado de semejanza en el plano aplicativo, es decir, en la similitud entre los productos o servicios.

39. Por lo tanto, en atención a lo expuesto anteriormente una marca se infringiría en atención al art. 9.2 letra b del RMUE cuando:

- a) se pueda determinar que se utiliza un signo idéntico o semejante al que es objeto de la marca que se considera infringida;
- b) que ese uso se produce en el tráfico económico para productos o servicios y el mismo puede menoscabar las funciones propias de la marca;
- c) que los productos o servicios para los que se usa el signo incompatible con la marca son idénticos o similares a aquellos para los que está registrada la marca;
- d) y, que como resultado de todo lo anterior, se deriva un riesgo de confusión que incluye un riesgo de asociación.

4. La protección ampliada en el caso de las marcas renombradas

40. De los pocos asuntos que hemos podido tener constancia en relación a infracción marcaria por *upcycling*, aunque todos ellos enmarcados en la jurisdicción estadounidense, tenían un aspecto en común: la marca presuntamente infringida era una marca de renombre¹⁴⁰. De este modo, debido a que en el derecho de marcas europeo las marcas renombradas tienen una protección reforzada cuando concurren determinadas circunstancias, ya que, como ha sostenido el propio TJUE, (...) *cuanto mayores sean el carácter distintivo y el renombre de dicha marca, más fácilmente podrá admitirse la existencia de una infracción*¹⁴¹. Este escenario hace plantearse qué aspectos debe tener presente el titular de la marca renombrada que se encuentra con productos en el mercado donde una marca similar a la suya aparece en productos de *upcycling*. Así, de forma breve se debería tener presente las siguientes consideraciones:

- 1) El grado de similitud entre las marcas enfrentadas no necesita ser tan elevado como en la protección por riesgo de confusión¹⁴². Así, sería suficiente con el hecho de que la marca posterior evoque a la anterior en la mente del consumidor, no siendo necesario ni que exista riesgo de confusión¹⁴³.
- 2) La infracción de marca tiene lugar incluso cuando los productos o servicios que se designan con la marca posterior son diferentes que para los que está registrada la marca renombrada supuestamente lesionada.
- 3) La protección reforzada tendría lugar cuando concurren algunas de las siguientes circunstancias¹⁴⁴:
 - i) *El tercero obtiene un aprovechamiento indebido del carácter distintivo de la marca anterior*. Esto también se conoce como parasitismo o *free-riding* y tiene lugar cuando el

¹³⁸ El principio de especialidad no opera, por ejemplo. *Vid.* art. 9.2 letra c Reglamento de la marca de la UE.

¹³⁹ *Vid.* A. SUÑOL LUCEA, *Estudios sobre la...*, p. 147.

¹⁴⁰ Chanel, Inc. v. Shiver and Duke LLC et al, Second Circuit New York, Southern District; Rolex Watch U.S.A., Inc. v. Reference Watch LLC d / b / a La Californienne; Courtney Ormond; y Leszek Garwacki, 2: 19-cv-09796 (C.D. Cal.)

¹⁴¹ STJCE de 18 de junio de 2009, *L'Oreal*, C-487/07, ECLI:EU:C:2009:378, apartado 58.

¹⁴² F. RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, "Marcas y nombres...", pp. 88-90.

¹⁴³ STGUE de 1 de marzo de 2018, *Shoe Branding Europe BVBA*, ECLI:EU:T:2018:108, apartado 35.

¹⁴⁴ STJCE de 18 de junio de 2009, *L'Oreal*, C-487/07, ECLI:EU:C:2009:378, apartado 38.

tercero consigue que haya una transferencia de la imagen de la marca renombrada a los productos o servicios designados con la marca posterior¹⁴⁵. En otras palabras, el tercero obtiene una ventaja desleal de los valores, reputación y prestigio de la marca renombrada sin hacer nada, sólo por usar un signo posterior muy similar. Esta ventaja se considera desleal por esa mera transferencia, incluso cuando no haya perjuicio ni en el carácter distintivo ni en el renombre de la marca¹⁴⁶.

- ii) *A la marca anterior se le perjudica en su carácter distintivo*. Una marca puede tener capacidad distintiva, bien de forma intrínseca o adquirida por el uso. Sea como se haya adquirido esa fuerza distintiva, se dañaría cuando la marca pierde la capacidad de identificar como procedentes de su titular los productos o servicios para los que se registró y respecto para los que se ha utilizado debido a que el uso de la marca posterior diluye la identidad de la imagen anterior y su presencia en la mente del público¹⁴⁷.
- iii) *A la marca anterior se le perjudica en su renombre*. Ese perjuicio tendría lugar cuando los productos o servicios que se designan con marca posterior causan tal impresión en el público que el poder de atracción de la marca anterior se reduce. Esto puede suceder cuando esos productos o servicios del tercero tienen alguna característica o cualidad que puede ejercer una influencia negativa sobre la imagen de la marca anterior¹⁴⁸.

5. Reflexiones finales

41. Un primer aspecto a valorar para poder determinar si existe una infracción de marca en el caso de *upcycling* es que se use la marca de un tercero sin consentimiento “en el tráfico económico” en el sentido del art. 9 del RMUE. Es decir, la persona física o jurídica debe vender los productos designados con la marca en conflicto en el mercado, el uso de la marca no deber ser un uso meramente particular, una venta aislada. El creador del nuevo producto mediante la técnica de *upcycling* se lucra de ello utilizando un signo similar a una marca registrada de un titular anterior. Además, ese uso en el tráfico económico debe ser en relación “con productos o servicios”. Este particular se suele cumplir fácilmente debido a que la noción “de uso” establecida por el TJUE es amplia¹⁴⁹, por lo que el *upcyclier* que simplemente mencione la marca de un tercero para hacer alusión a la fuente de sus productos reciclados ya estaría usando una marca, y qué decir cuando ese *upcyclier* incluye la marca de un tercero de forma visible en el producto resultado del *upcycling*. No obstante, conviene recordar que el tercero use la marca no implica infracción de la misma.

42. Por otro lado, la interpretación amplia y en muchos casos laxa de los criterios necesarios que se deben tener presente para determinar el riesgo de confusión de un signo anterior con respecto a los usos de un tercero de otro posterior que entra en conflicto puede dar lugar a que en determinados casos de *upcycling* donde, no se cuenta con la autorización del titular para llevar a cabo esa técnica, se considere que existe riesgo de confusión, y que por lo tanto, se determine que se menoscaba la función de la marca indicadora del origen de los productos. Especialmente esto puede tener lugar cuando la marca de un tercero que nada tiene que ver con el *upcyclier* aparece en el producto final. Además, según se interpreta en la actualidad el riesgo de confusión por parte del TJUE puede haber riesgo de confusión incluso cuando la empresa que realiza el *upcycling* advierte de ello. Es decir, como hemos visto, el *disclaimer* puede que no excluya el riesgo de confusión en todo caso¹⁵⁰. Esto es así debido a que como hemos analizado, la confusión también puede tener lugar en la post venta pudiendo darse incluso cuando el origen

¹⁴⁵ *Ibidem*, apartado 41.

¹⁴⁶ *Idem*, apartado 43.

¹⁴⁷ STJCE de 27 de noviembre de 2008, C-252/07, *Intel*, EU:C:2008:655, apartado 29.

¹⁴⁸ STJCE de 18 de junio de 2009, *L'Oreal*, C-487/07, ECLI:EU:C:2009:378, apartado 40.

¹⁴⁹ STJCE de 23 de febrero de 1999, C-63/97, *BMW c. Deenik*, ECLI:EU:C:1999:82, apartado 42.

¹⁵⁰ Consecuencia de la amplitud temporal con la que se interpreta riesgo de confusión, *vid.* STJCE de 12 de noviembre de 2002, C-206/01, *Arsenal Football Club*, ECLI:EU:C:2002:651, apartado 57.

comercial se especifica correctamente en el punto de venta¹⁵¹. Esto podría suceder en los casos en los que el producto fruto del *upcycling* no se adquiere de su creador sino de la reventa llevada a cabo por un tercero. Para el que realiza *upcycling* sería importante que de alguna forma pudiera dejar claro tanto en la primera venta como en ventas posteriores, que su producto es fruto del *upcycling* y que no guarda relación alguna con el titular de la marca que parte de ese producto incorpora.

V. Límites al derecho de marca: el agotamiento de marca europeo

1. Introducción

43. El derecho de marcas no es un derecho absoluto¹⁵². Se otorga con una finalidad específica que no es otra que la marca pueda cumplir las funciones que le son propias¹⁵³. Así, el ejercicio del derecho de marca debe quedar reservado cuando un tercero use el signo menoscabando algunas de dichas funciones, las cuales, como ya se ha estudiado, van más allá de la función esencial permitir que el consumidor conozca la procedencia del producto o servicio, también se encuentra la función de garantizar la calidad, la de comunicación, inversión o publicidad¹⁵⁴.

44. No obstante, sin perder de vista lo anterior, pero con el fin de preservar la libre circulación de mercancías en el Espacio Económico Europeo¹⁵⁵ (en adelante, EEE), hacer efectivo un mercado único y no cercenar la libre competencia, la exclusión que implica el derecho de marca tiene límites y queda reservada a la primera comercialización del producto¹⁵⁶. De este modo, como posteriormente estudiaremos, una vez que el titular o un tercero con su consentimiento comercializa el producto en el EEE implica que decae el derecho de marca a oponerse a la reventa de dicho producto. En otras palabras, el agotamiento europeo del derecho de marca permite que los productos puedan circular libremente entre unos países y otros y que los titulares de las marcas no puedan prohibir en base a su derecho de marca las reventas de productos entre Estados miembros. Cuestión diferente es cuando los productos proceden de terceros países no parte del EEE. En ese caso, el titular de la marca podría oponerse a la importación de sus productos desde países no pertenecientes al EEE designados con su marca. Esto es posible porque en las legislaciones marcarias no se permite el agotamiento internacional.

45. Así, es posible diferenciar tres tipos de agotamiento: i)El agotamiento nacional; ii)El agotamiento europeo; iii)El agotamiento internacional. El alcance del agotamiento es importante para conocer si el titular de la marca puede oponerse a las importaciones paralelas en virtud de su derecho de marca¹⁵⁷. El agotamiento internacional implica que la primera puesta en el comercio del producto agota el derecho de marca con indiferencia del país del que se trate. Por su parte, el agotamiento europeo tiene lugar cuando el producto designado con un derecho de marca se comercializa en cualquier Estado dentro del EEE. Por último, el agotamiento nacional, se produce cuando el producto es comercializado por primera vez en ese Estado específico. Por lo tanto, el comercio paralelo estaría permitido, restringido o prohibido en función del agotamiento que se adopte. El agotamiento que se sigue en los Estados miembros europeos es el agotamiento europeo del derecho de marca.

¹⁵¹ M. SENFTLEBEN, “Fashion Upcycling and Trademark Infringement – A Circular Economy/Freedom of the Arts Approach”, 2023, IVIR, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4470873 (consultado el 10 de diciembre de 2023).

¹⁵² STJUE de 6 de febrero de 2014, C-65/12, *Leidseplein Beheer BV*, ECLI:EU:C:2014:49, apartado 32.

¹⁵³ STJUE de 19 de septiembre de 2013, C-611/11, *Martin Y Paz Diffusion*, C-611/11, ECLI:EU:C:2013:577, apartado 58.

¹⁵⁴ STJUE de 22 de septiembre de 2011, C-323/09, *Interflora*, ECLI:EU:C:2011:604, apartados 32 a 41.

¹⁵⁵ Este espacio implica el territorio de los países que componen la UE más Islandia, Noruega y Liechtenstein.

¹⁵⁶ *Vid.* al respecto, T. DE LAS HERAS, “Marca comunitaria”, en A. BERCOVITZ (Dir.), *Derecho de la Competencia y Propiedad Industrial en la Unión Europea*, 2007, pp. 357-422. Para un trabajo más reciente sobre el agotamiento del derecho de marca *vid.* A. ARROYO APARICIO, “Agotamiento del derecho conferido por la marca de la UE”, *CDT*, vol.13, n° 2, 2021, pp. 116-131.

¹⁵⁷ Sobre el comercio paralelo *vid. ad ex.* C. GORRIZ LÓPEZ, *Distribución selectiva y comercio paralelo*, Aranzadi, Navarra, 2007.

46. El origen del agotamiento se deriva de la jurisprudencia del TJUE¹⁵⁸. Este principio permitió dar solución a la pugna entre territorialidad del derecho de marca y la libre circulación de mercancías¹⁵⁹. Posteriormente, el agotamiento se incluyó en la Primera Directiva de Marcas¹⁶⁰ y en las sucesivas modificaciones que han existido hasta llegar a la Directiva de marcas actual (Directiva (UE) 2015/2436), de ahí que este principio esté incorporado en el derecho de marcas de los Estados miembros (*ad ex.*, art. 36 Ley 17/2001¹⁶¹). Del mismo modo, en relación a la marca de la UE, el agotamiento se recoge en la actualidad en el art. 15 del RMUE.

47. El agotamiento del derecho de marca es un aspecto fundamental en relación al objeto del trabajo que nos ocupa. Esto es así porque los principales problemas marcarios que pudieran existir por creaciones derivadas de *upcycling* no tendrían tanto que ver por la pugna de un signo anterior con otro posterior sino que la controversia sería en relación a la licitud desde un punto de vista marcario de unos productos originales que se han modificado y que en algunos casos incluso incorporan la marca registrada de una empresa que no es la que crea el producto derivado del *upcycling*. Un ejemplo muy representativo del tipo de casos al que nos referimos tuvo lugar ante tribunales estadounidenses y es el asunto *Louis Vuitton* contra *Sandra Ling Designs* el cual hemos mencionado al inicio del trabajo. Así, cabe preguntarse si conforme al derecho de marcas europeo, el agotamiento del derecho de marca avalaría legalmente el *upcycling* o, sin embargo, el titular podría ampararse en las excepciones que existen a al agotamiento para hacer valer su derecho de marca y prohibirlo.

2. Los requisitos necesarios para que el agotamiento europeo del derecho de marca concorra

A) Introducción

48. El agotamiento del derecho de marca tiene lugar, según la doctrina¹⁶² apoyada en las numerosas sentencias del Tribunal de Justicia sobre la materia¹⁶³ cuando concurren dos elementos cumulativos. Estos elementos son el argumento clave para el tercero que comercializa los productos mediante la técnica del *upcycling* para que no se considere que vulnera un derecho de marca, estos son: 1) el elemento objetivo; 2) el elemento subjetivo.

B) Elemento objetivo

49. El elemento objetivo tendría lugar cuando se produzca la comercialización del producto de forma efectiva en el EEE¹⁶⁴. El TJUE ha considerado que la importación de las mercancías con la

¹⁵⁸ STJCE de 31 octubre de 1974, C-16/74, *Centrafarm*, ECLI:EU:C:1974:115.

¹⁵⁹ A. ARROYO APARICIO, “Agotamiento del derecho...”, p. 118.

¹⁶⁰ Primera Directiva del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas (89/107/CEE).DOCE núm. 40, de 11 de febrero de 1989.

¹⁶¹ Para un comentario sobre este artículo *vid.* 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, pp. 575-600.

¹⁶² *Vid.* A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, *Comentario a la ley de marcas*, Navarra, Aranzadi, 2008; R. BERCOVITZ ÁLVAREZ, “La utilización de una marca por empresa distinta del titular, como medio de publicitar la reventa o la reparación de productos previamente comercializados por el titular de la misma”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº 201, 1999, pp. 59-67; M. BOTANA AGRA, “El derecho de marca en la jurisprudencia del Tribunal de la CE: de un derecho descafeinado a un derecho con cafeína”, *Cuadernos de Jurisprudencia sobre propiedad industrial*, nº 9, 1992, pp. 41 y ss.; 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.

¹⁶³ Entre muchas *vid. ad ex.* STJCE de 16 de julio de 1998, C-355/96, *Silhouette International Schmied*, EU:C:1998:374; STJCE de 30 de noviembre de 2004, C-16/03, *Peak holding*, ECLI:EU:C:2004:759.

¹⁶⁴ SSTJCE de 16 de julio de 1998, C-355/96, *Silhouette International Schmied*, EU:C:1998:374, apartado 26; de 20 de

intención de venderlas en el EEE o incluso la oferta de las mismas en su establecimiento o en el de un tercero no implica comercialización del producto¹⁶⁵. Este Tribunal entiende que la venta debe implicar hacer efectivo el valor económico de la marca¹⁶⁶. Así, con el mero hecho de poner las mercancías en el mercado no se está transmitiendo al tercero el derecho a disponer de los productos. La admisión de que el derecho se ha agotado con la oferta del producto podría poner en riesgo la función identificadora de la marca (conocimiento del origen empresarial del producto). Del mismo modo, el transporte de las mercancías tampoco se considera como comercialización del producto a efectos del agotamiento comunitario del derecho de marca¹⁶⁷. Una vez el agotamiento se produce, el titular de la marca tampoco podría evitar que terceros ajenos a su red de distribución oficial y que disponen de los productos con su marca, puedan anunciar al público la comercialización ulterior de los productos¹⁶⁸. Siempre y cuando esos usos no induzcan a confusión respecto del origen o dañen la reputación la marca¹⁶⁹.

50. Una práctica que no implica que haya existido comercialización¹⁷⁰ ni tampoco consentimiento tácito por parte del titular¹⁷¹ es cuando se entrega al distribuidor oficial *testers* o probadores de perfumes designados con la marca. Estos productos tienen como fin que el distribuidor los entregue de forma gratuita a sus clientes con el objetivo de promocionar el producto y que el cliente lo pueda conocer. El titular de la marca siempre puede retirarlos y habitualmente se acompañan con las leyendas “prohibida su venta” o “prueba”. Así, a falta de elementos que puedan probar lo contrario, no se considera tampoco que el derecho de marca se agote por el hecho de entregar frascos perfumes a los distribuidores oficiales para que los clientes puedan probarse el producto en el punto de venta autorizado¹⁷².

51. Por último, no se considera que tenga lugar el agotamiento del derecho de marca porque no existe esa primera comercialización cuando un tercero que ha importado paralelamente productos de terceros países al EEE e incluye dichas mercancías en régimen de depósito aduanero y en ese régimen se suprimen las marcas de esos productos y se las sustituye por las propias, se eliminan las placas de identificación originales de los productos y los número de series, todo ello sin consentimiento del titular¹⁷³. Estos actos infringen el derecho de marca debido a que vulneran la función esencial que otorga el derecho de marca a su titular, la cual no es otra que controlar la primera comercialización de sus productos en el EEE¹⁷⁴.

C) Elemento subjetivo

52. Como se ha señalado, es necesario una primera venta en el EEE, pero ésta debe realizarse por el titular del signo distintivo¹⁷⁵ o por un tercero que cuente con el consentimiento del titular. Cuando

noviembre de 2001, asuntos acumulados C-414/99 a C-416/99, *Zino Davidoff y Levi Strauss*, EU:C:2001:617, apartados 32 y 33, y de 18 de octubre de 2005, C-405/03, *Class International*, EU:C:2005:616, apartado 33.

¹⁶⁵ STJCE de 30 de noviembre de 2004, C-16/03, *Peak holding*, ECLI:EU:C:2004:759.

¹⁶⁶ *Ibidem*, apartado 40.

¹⁶⁷ STJCE de 23 de octubre de 2003, C-115/02, *Rioglass*, ECLI:EU:C:2003:587, apartado 27; STJCE de 9 de noviembre de 2006, *Montex Holdings/Diesel*, C-281/05, ECLI:EU:C:2006:709, apartado 33.

¹⁶⁸ STJCE de 4 de noviembre de 1997, C-337/95, *Parfums Christian Dior*, ECLI:EU:C:1997:517, apartado 36.

¹⁶⁹ *Ibidem*, apartado 59.

¹⁷⁰ STJUE 12 julio 2011, C-324/09, *L'Oréal -E-Bay*, ECLI:EU:C:2011:474, apartado 73. Para un comentario de esta sentencia *vid.* A. GARCÍA VIDAL, “La comercialización de productos de marca ajena en mercados electrónicos”, (Sentencia del TJUE, de 12 de julio de 2011, en el caso *L'Oreal-eBay*), *GA_P*, julio 2011, disponible en <https://www.ga-p.com/publicaciones/la-comercializacion-de-productos-de-marca-ajena-en-mercados-electronicos-sentencia-del-tjue-de-12-de-julio-de-2011-en-el-caso-1%C2%92oreal-ebay/> (consultado el 10 de diciembre de 2023).

¹⁷¹ STJUE 4 junio 2010, C-127/09, *Coty Prestige*, ECLI:EU:C:2010:313, apartado 48.

¹⁷² STJUE 12 julio 2011, C-324/09, *L'Oréal -E-Bay*, ECLI:EU:C:2011:474, apartado 73.

¹⁷³ STJUE de 25 de julio de 2018, C-129/17, *Mitsubishi*, ECLI:EU:C:2018:594, apartado 46.

¹⁷⁴ STJUE de 16 de julio de 2015, C-379/14, *TOP Logistics BV*, ECLI:EU:C:2015:497, apartado 48.

¹⁷⁵ A efectos del agotamiento europeo del derecho de marca se considera titular la persona física o jurídica que ha registrado la marca. También se consideraría titular a una empresa perteneciente al mismo grupo del titular de la marca y están económicamente vinculados. *Vid.*, STJCE de 22 de junio de 1994, C-9/93, *Ideal Standard*, ECLI:EU:C:1994:261, apartado 34.

es el titular el que comercializa el producto no hay mayor problema respecto a si el consentimiento ha sido prestado. Los problemas aparecen cuando es un tercero el que debe comercializar por primera vez el producto.

53. De los numerosos litigios que han existido en relación al consentimiento del titular del signo cuando la primera comercialización la realiza un tercero, el TJUE ha considerado que el consentimiento existe cuando éste ha sido otorgado por el titular bien de forma expresa o bien de forma tácita pero en todo caso de forma inequívoca¹⁷⁶. Un ejemplo de consentimiento prestado por el titular puede tener lugar cuando la primera comercialización la lleva a cabo un tercero económicamente vinculado con el titular de la marca, como podría ser un licenciario¹⁷⁷. De este modo, el consentimiento tácito no se debe dar por supuesto en los siguientes casos¹⁷⁸:

- 1) Cuando el titular no haya comunicado su oposición de comercializar en el EEE;
- 2) Cuando los productos no incluyen indicaciones de prohibición de comercialización dentro del EEE;
- 3) Cuando el titular haya transmitido la propiedad de los productos designados con la marca sin imponer reservas contractuales en lo referente a su posterior comercialización en el EEE.

54. Uno de los supuestos más controvertidos surge cuando las mercancías deben ser vendidas fuera del EEE pero el distribuidor/licenciario infringe esta prohibición y las acaba vendiendo dentro del EEE. Ante esta situación cabría preguntarse si el derecho de marca podría considerarse agotado, por entender que existe consentimiento del titular, a pesar de que éste prohíbe contractualmente la venta de las mercancías en el EEE. La solución del Tribunal de Justicia ha sido clara, si el licenciario infringe el contrato y vende las mercancías dentro EEE cuando las debería comercializarlas fuera del EEE, el agotamiento se habría producido conforme al art. 7.1 de la Directiva 2008/95/CE de marcas (actual art. 15.1 de la Directiva 2015/2436), ya que se considera que ha existido consentimiento¹⁷⁹. El razonamiento descansa en que la ilegalidad de la infracción de la cláusula de comercializar fuera del territorio estipulado no se deriva del derecho de marca sino de una disposición contractual establecida por las partes, por lo que se trataría de un incumplimiento contractual y no de una infracción marcaria.

55. También otro supuesto relevante en relación con las licencias es respecto a la calidad de los productos designados con la marca y que el licenciario fabrica y comercializa. Hay asuntos en los que el titular de la marca se ha opuesto al agotamiento del derecho de marca cuando un licenciario ya había vendido por vez primera los productos en el EEE debido a que consideraba que dichos productos carecían de la calidad suficiente para ser designados con su marca y que no había existido consentimiento en atención al art. 15.1 de la Directiva 2015/2436. Sin embargo, hay que tener presente que si el titular de la marca, el cual tiene posibilidad de controlar la calidad de los productos que fabrica su licenciario, no pone objeción al respecto y tolera la venta de productos de mala calidad con su marca, posteriormente no podría alegar la prohibición de la reventa de esos productos en base a esa mala calidad y oponerse al agotamiento del derecho de marca¹⁸⁰. No obstante, esto siempre puede tener matices y hay que tener muy presente las disposiciones del contrato de licencia, ya que un contrato de licencia no es un consentimiento absoluto por parte del titular de la marca¹⁸¹.

¹⁷⁶ STJCE de 20 de noviembre de 2001, asuntos acumulados C-414/99 a C-416/99, *Zino Davidoff y Levi Strauss*, EU:C:2001:617, apartado 45; STJUE de 3 de junio de 2010, *Coty Prestige Lancaster Group GmbH/Simex Trading AG*, C-127/09, ECLI:EU:C:2010:313, apartados 45-48.

¹⁷⁷ STJUE de 23 abril 2009, C-59/08, *Copad*, ECLI:EU:C:2009:260, apartado 43; STJUE de 15 octubre 2009, C-324/08, *Makro*, ECLI:EU:C:2009:633, apartado 24.

¹⁷⁸ STJCE de 20 de noviembre de 2001, asuntos acumulados C-414/99 a C-416/99, *Zino Davidoff y Levi Strauss*, EU:C:2001:617, apartado 60.

¹⁷⁹ STJCE de 30 de noviembre de 2004, *Peak holding*, C-16/03, ECLI:EU:C:2004:759, apartado 56.

¹⁸⁰ STJCE de 22 de junio de 1994, C-9/93, *Ideal Standard*, ECLI:EU:C:1994:261, apartado 38.

¹⁸¹ STJUE de 23 abril 2009, C-59/08, *Copad*, ECLI:EU:C:2009:260, apartado 47.

56. Por último, otro supuesto a tener presente también relacionado con las licencias y que posteriormente estudiaremos en las excepciones al agotamiento del derecho de marca, es cuando el titular de la marca se opone a la comercialización realizada por su licenciataria debido a que vende las mercancías en establecimientos que en el contrato de licencia se habían prohibido. Esto sucedió en el famoso asunto *Dior contra Copad*¹⁸². *Dior* establecía en el contrato de licencia la prohibición de comercialización de sus productos en tiendas de saldo debido a que ese tipo de venta dañaba la imagen y prestigio de su marca. Sin embargo, el licenciataria (*SIL*) incumplió y vendió los productos a *Copad*, un saldistista que no era distribuidor oficial. Las cuestiones que se suscitaron en este asunto fueron variadas. Así, entre las más importantes destacar:

- 1) La comercialización de los productos de marca fuera de la red oficial de distribución debido al incumplimiento de la licencia por parte del licenciataria podría implicar que el titular de la marca pudiera oponer sus derechos de marca (art. 8 Primera Directiva de marcas, Directiva 89/104/CEE, actual art. 25.2 de la actual Directiva de marcas, Directiva 2015/2436) al licenciataria.
- 2) Si el hecho de comercializarse los productos sin cumplir con lo señalado en el contrato de licencia se podría entender que el titular de la marca no había consentido esa comercialización y, que por lo tanto, el agotamiento del derecho de marca no se había producido conforme al art. 15.1 de la actual Directiva de marcas, Directiva 2015/2436 (en aquel momento art. 7.1 Primera Directiva de marcas, Directiva 89/104/CEE).
- 3) En el caso de que la comercialización se hubiera considerado consentida y que el agotamiento del derecho de marca se había producido, podría considerarse que dicha venta al margen de la red por parte del licenciataria prohibida por el contrato de licencia podría menoscabar la imagen y reputación de la marca y suponer una excepción legítima al agotamiento del derecho de marca en atención al art. 15.2 de la Directiva 2015/2426.

La respuesta a todas esas cuestiones por parte del TJUE fueron sí. Siempre teniendo presente los hechos particulares del caso concreto.

De este modo, un titular de una marca sí puede hacer valer sus derechos marcarios (art. 25.2 Directiva 2015/2436) contra un licenciataria que incumple un contrato de licencia en el que se establece la prohibición de vender a terceros ajenos a la red con el fin de proteger el prestigio de la marca cuando dicha comercialización fuera de la red dañe verdaderamente la imagen y aura de *glamour* de la marca¹⁸³.

En la misma línea, sí se puede considerar que el derecho de marca no está agotado porque no existe consentimiento del titular de la marca aunque exista un contrato de licencia cuando el licenciataria comercializa los productos incumpliendo algunas de las cláusulas del contrato de licencia que se corresponden con lo establecido en el actual art. 25.2 Directiva 2015/2436¹⁸⁴.

Por último, en el caso de que dicha venta del licenciataria a saldistas incumpliendo el contrato de licencia haya provocado el agotamiento del derecho de marca porque se considere que el titular de la marca ha consentido, dicho derecho de marca puede renacer. Esto es así porque se puede considerar que en el caso de que la venta a saldistas dañe la imagen de marca es un motivo legítimo que exceptúa el agotamiento del derecho de marca a la luz del art. 15.2 Directiva 2015/2436 (antiguo art. 7.2 de la Directiva 89/104/CEE)¹⁸⁵.

57. Sobre este particular relativo al consentimiento y en relación a todo lo expuesto anteriormente, cabría preguntarse por hipotéticos supuestos en los que el licenciataria de la marca es el que realiza el *upcycling*. Es decir, en lugar de vender todos los productos de la marca en la forma original, hace una transformación creativa de los mismos, añadiéndoselo a otros productos. Esta situación que

¹⁸² *Ibidem*.

¹⁸³ *Idem*, apartado 37.

¹⁸⁴ *Idem*, apartado 51.

¹⁸⁵ *Idem*, apartado 59.

planteamos hace preguntarnos si podría dar lugar a un mero incumplimiento contractual o a una infracción de marca. En el caso de que el titular de la marca lo prohíba de forma expresa en el contrato el *upcycling* estaríamos sin duda ante una infracción de una licencia pero cabría preguntarse si también ante una infracción del derecho de marca. Aquí la clave es el consentimiento para que el derecho de marca se considere agotado. Desde nuestro punto de vista, si en el contrato de licencia se establece de forma expresa la prohibición del *upcycling*, en definitiva, la de transformar productos y crear otros nuevos, el titular de la marca podría argumentar que no ha consentido esa primera venta y que su derecho de marca puede renacer porque se incumple el art. 25.2 RMUE. En particular, el titular podría basar esta posición en la calidad de los productos que pone a la venta por el licenciatrio. En el supuesto de que en el contrato de licencia no se estableciera nada al respecto sobre el *upcycling* y se considere que esos productos ya se han comercializado bajo el consentimiento del titular, éste podría mantener que su marca se infringe a pesar de esa primera comercialización debido a que tras la misma se alteran sus productos por el licenciatrio sin su consentimiento. Aquí es esencial tener presente las excepciones al agotamiento del derecho de marca, las cuales analizaremos más adelante.

D) Consideraciones finales

58. Para concluir, en el caso de concurrir estos dos elementos (comercialización y consentimiento del titular), el agotamiento del derecho de marca tendrá lugar y el titular del signo no podría oponerse a la reventa del producto. Su *ius prohibendi* decae. Debido a que el agotamiento del derecho de marca es una limitación del derecho de marca estos dos elementos mencionados deben interpretarse de forma restrictiva¹⁸⁶.

59. En definitiva, el agotamiento del derecho de marca limita el derecho de exclusiva del titular en aras de que la libre circulación de mercancías pueda ser efectiva y evitar así la compartimentación de los mercados nacionales. El hecho de que el titular de la marca sea el primero que introduzca el producto (bien él mismo o un tercero con su consentimiento) en el EEE, permite garantizar la función esencial del signo. Es decir, que el consumidor pueda conocer el origen empresarial del producto.

3. La carga de la prueba en el agotamiento europeo del derecho de marca

60. La Directiva 2015/2436 ni tampoco el RMUE establecen nada sobre la carga de la prueba del agotamiento del derecho de marca. La jurisprudencia del TJUE existente sobre la materia ha sido acorde con lo dispuesto por el art. 217 LEC, que se encarga de regular la carga de la prueba en los supuestos que nos ocupan. La regla general es que cada parte debe probar lo que afirma (*affirmanti incumbit probatio*). Así, el tercero, al que se le acusa de haber vulnerado la marca y que se defiende alegando que el derecho de marca está agotado, es él el que debe probar la existencia del agotamiento. Es decir, el que quiere hacer valer que el agotamiento ha tenido lugar es el que debe probarlo. En contraposición, el titular de la marca debe probar que es titular y que las actuaciones de ese tercero vulneran su derecho de marca. Sin embargo, la dificultad para el tercero de probar la primera comercialización del bien da lugar a que dicha obligación se module. La excepción a la regla general que contiene el art. 217 LEC es que el tribunal, al aplicar la regla general, deberá tener en cuenta la disponibilidad y facilidad probatoria de las partes¹⁸⁷.

61. La prueba de la primera comercialización dentro del EEE es esencial para justificar que el agotamiento se ha producido. Pero probar el lugar de la primera comercialización del producto puede convertirse en una prueba diabólica para el importador paralelo o tercero que desea alegar el agotamiento.

¹⁸⁶ Conclusiones del Abogado General Sr. PAOLO MENGOSI presentadas el 12 de septiembre de 2017, C-291/16, ECLI:EU:C:2017:666, apartado 29.

¹⁸⁷ Vid. C. GORRIZ LÓPEZ, *Distribución selectiva y comercio paralelo*, Thomson Reuters Civitas, 2007, p. 435.

to. Esto es así debido a que ese tercero que adquiere el producto después de varias transmisiones no va a tener fácil acceso a la información necesaria para llegar a componer la cadena de distribución hasta el momento en que se produjo la primera comercialización¹⁸⁸. El tercero únicamente sabe quién le vende a él los productos, pero es complicado que llegue a conocer las fuentes de abastecimiento de su proveedor, y a la vez, el suministrador de éste. La explicación es sencilla, en el mercado paralelo la información acerca de los proveedores se suele guardar con un gran secretismo debido a que en muchas ocasiones los productos se consiguen porque un distribuidor autorizado incumple un contrato de distribución.

62. Por lo tanto, ante la necesidad de probar el agotamiento del derecho de marca es necesario diferenciar entre dos supuestos:

- a) No se conoce el lugar de la primera comercialización;
- b) Es conocido el lugar de la primera comercialización.

La importancia de diferenciar entre los dos supuestos deriva de la influencia que va a tener en la prueba. De este modo, difiere la forma en la que va a distribuirse su carga cuando el lugar de la primera comercialización es conocido. Así, si la primera comercialización no se conoce y existe riesgo de compartimentación del mercado, será el titular y no el importador paralelo el que deba probar si el derecho está agotado¹⁸⁹. En la sentencia *Van Doren*, el TJCE consideró que una prueba de que existe riesgo de compartimentación del mercado tiene lugar cuando el titular comercializa sus productos bajo una red de distribución exclusiva¹⁹⁰.

En contraposición, si desde el inicio es conocido que el producto se ha comercializado por primera vez fuera del EEE y el titular de la marca puede probarlo, la situación a abordar es distinta. Dicha prueba genera la presunción de que el titular no ha consentido la posterior entrada de los productos en el mercado europeo. Por lo tanto, deberá ser el importador paralelo el que pruebe el consentimiento del titular de la marca para que dichos productos se vendieran en el EEE¹⁹¹. En el asunto *Zino Davidoff*, el TJCE consideró que debía ser el importador paralelo el que probase el consentimiento del titular a comercializar las mercancías, y no el titular el que probase la falta de consentimiento¹⁹².

63. Por lo tanto, en conclusión, el tercero debe probar el agotamiento del derecho de marca, ya que es la clave de su defensa ante una demanda por infringir un derecho de marca. Sin embargo, el TJUE considera que en atención a las exigencias de la libre circulación de mercancías es necesario adaptar la prueba del agotamiento. De este modo, si ese tercero prueba que existe riesgo de compartimentación de los mercados nacionales en el caso de que tenga que probar él mismo el agotamiento, se invertirá la carga de la prueba y será el titular el que deba probar que los productos de su marca no se han comercializado por primera vez en el EEE¹⁹³. Una vez que el titular pruebe dicho extremo, el importador paralelo

¹⁸⁸ Vid. B. X. MUÑOZ CALAF, “La carga probatoria del agotamiento del derecho de marca”, *La Ley*, nº 6141, 2004, p. 7.

¹⁸⁹ STJCE de 8 de abril de 2003, C-244/00, *Van Doren*, ECLI:EU:C:2003:204, apartado 41. La prueba de que los productos se han comercializado fuera del EEE la puede realizar el titular de la marca acudiendo a aspectos como el código de barras o a las etiquetas en el caso de la ropa. Es un hecho en las prendas de vestir que los fabricantes etiqueten de diferente manera los productos según se vayan a vender en Europa o EE.UU. Este es el caso, *ad ex.*, de la marca *Lacoste*, que etiquetaba sus polos como “chemise Lacoste” en el mercado europeo e “Izod Lacoste” en el mercado estadounidense. Otra forma de probar que las mercancías no van dirigidas al mercado europeo es mediante símbolos o leyendas en las que se indique que está prohibido vender en el EEE (Vid. B. X. MUÑOZ CALAF, “La carga probatoria...”, p. 7).

¹⁹⁰ STJCE de 8 de abril de 2003, C-244/00, *Van Doren*, ECLI:EU:C:2003:204, apartado 39.

¹⁹¹ Vid. B. X. MUÑOZ CALAF, “La carga probatoria...”, p. 10.

¹⁹² STJCE 20 noviembre 2001, C-414/99 a C-416/99, *Zino Davidoff*, ECLI:EU:C:2001:617, apartado 54.

¹⁹³ STJCE de 8 de abril de 2003, C-244/00, *Van Doren*, ECLI:EU:C:2003:204, apartado 42. Como recoge el Abogado General STIX-HACKL, la obligación de probar los requisitos del agotamiento por parte del importador paralelo le pone en la siguiente disyuntiva, aportar la prueba requerida revelando quiénes son sus proveedores a pesar de que le puede costar la fuente de abastecimiento, o dar por perdido el proceso al no poder probar que el titular verdaderamente comercializó dentro del EEE o que lo hizo un tercero con su consentimiento. Si el importador paralelo opta por la primera opción, es decir, revela cuáles son sus fuentes de suministro, le permite al titular de la marca conocer de dónde proceden las fugas en su red de distribución. De este modo podrá identificar a los infractores y el importador paralelo se quedará sin fuente de suministro y no podrá volver a operar.

deberá acreditar que, a pesar de que el titular no comercializó las mercancías, sí prestó su consentimiento para que un tercero las comercializara¹⁹⁴.

4. Las excepciones al agotamiento del Derecho de marca

A) Aproximación inicial

64. El agotamiento de los derechos de propiedad industrial no es ilimitado. Existen causas legítimas que permiten al titular hacer valer su derecho de exclusiva, aunque incluso el producto ya se haya comercializado y el derecho esté agotado. Así se establece en el art. 15.2 de la Directiva 2015/2436 y en el art. 15.2 del RMUE. Esta excepción permitiría que el titular de la marca se oponga a la reventa de su producto en el EEE y podría ser la vía para prohibir la reventa de productos creados a través del *upcycling* una vez que ya se han comercializado los productos en el EEE por el titular o con su consentimiento.

65. En el citado art. 15.2 RMUE no se recoge una lista *numerus clausus* de causas que son consideradas excepción al agotamiento. De este modo, los motivos legítimos para exceptuar el agotamiento del derecho de marca varían en función del caso concreto¹⁹⁵ pudiendo alegarse cualquier motivo que en atención a las circunstancias lesione la indicación del origen empresarial del producto o, en conexión con la anterior, otras funciones como la calidad o la reputación de la marca.

No obstante, sí que se precisa al menos un motivo tanto en la Directiva como en el Reglamento y es “*la alteración o modificación de los productos tras su comercialización*”. El cambio del paquete o envase de un producto realizado por el importador paralelo ha sido considerado como una modificación del producto y por lo tanto una excepción al agotamiento en diferentes ocasiones¹⁹⁶. Esta podemos decir que es la regla general. El titular de un derecho de marca puede oponerse al cambio del envase o paquete de su producto. Sin embargo, esta regla general se ha modulado a favor de la libre circulación de mercancías en el EEE¹⁹⁷. Así, un importador paralelo podría modificar el paquete o embalaje de un producto si cumple las siguientes condiciones¹⁹⁸: 1) Se acredite que esa oposición del titular a la comercialización de los productos reenvasados contribuiría a compartimentar artificialmente los mercados entre Estados miembros; 2) El estado original del producto no se ve afectado por el cambio de embalaje; 3) El nuevo embalaje establece claramente quién es el autor del mismo y el fabricante de éste; 4) La presentación del producto no perjudica la reputación de la marca ni la de su titular; 5) El importado avisa al titular de la marca antes de la comercialización del producto reenvasado y además, le proporciona un ejemplar del producto reenvasado.

En el caso de que se cumplan estos cinco criterios el titular de la marca no podría oponerse a un cambio o modificación en el paquete o envase de su producto.

Junto con esta excepción sería posible señalar otro motivo que haría renacer el derecho de marca, el cual es de especial relevancia en el asunto que nos ocupa y es el motivo basado en el daño al prestigio y reputación de una marca.

El precio que debe pagar el importador paralelo por probar el agotamiento es demasiado alto, además que permite que el titular de la marca pueda seguir compartimentando el mercado mediante la diferencia de precios. De este modo, la inversión de la carga de la prueba es importante, ya que permite suavizar dicho dilema (Opinión del Abogado General STIX-HACKL presentadas el 18 de junio de 2002 en el caso *Van Doren*, apartados 76-79).

¹⁹⁴ STJCE de 18 de octubre de 2005, C-405/03, *Class International*, ECLI:EU:C:2005: 616, apartado 74.

¹⁹⁵ A. ARROYO APARICIO, “Agotamiento del derecho...”, p. 127.

¹⁹⁶ STJCE de 23 de mayo de 1978, as. 102/77, *Hoffmann-La Roche*, Rec. 1978, p. I-1139; STJCE de 10 de octubre de 1978, *Centrafarm*, as. 3/78, Rec. 1978; STJCE de 3 de diciembre de 1981, *Eurim-Pharm*, as. 1/81, Rec. 1981, p. I-2913; STJCE de 11 de julio de 1996, asuntos acumulados C-427/93, C-429/93 y C-436/93, *Bristol Myers Squibb/Paranova*, ECLI:EU:C:1996:282.

¹⁹⁷ Vid. I. ANTÓN JUÁREZ, “Las importaciones paralelas y el reetiquetado de productos (comentario a la STJUE de 17 de mayo de 2018, C-642/16)”, *Revista de Derecho de la competencia y de la distribución*, nº 23, 2018, pp. 1-9.

¹⁹⁸ STJCE de 11 de julio de 1996, asuntos acumulados C-427/93, C-429/93 y C-436/93, *Bristol Myers Squibb/Paranova*, ECLI:EU:C:1996:282, apartado 79; STJCE de 22 de diciembre de 2008, C-276/05, ECLI:EU:C:2008:756, apartado 23.

66. Hay que tener en cuenta que la excepción al agotamiento sólo puede ser invocada por el titular frente a operadores económicos, respecto a mercancías que estén en el mercado y en el contexto de una actividad mercantil¹⁹⁹. Así, un titular de una marca no podría hacer valer su derecho de marca frente a una persona física que ha comprado un producto de una marca de lujo, lo ha modificado y lo vende en el marco de una actividad privada. Cuestión diferente es cuando esa persona física por el volumen, frecuencia de la actividad y otras circunstancias, se pueda dejar de considerar que actúa en el ámbito privado y que realmente actúa como un operador más en el tráfico económico. En este último supuesto el titular de la marca podrá invocar su derecho de marca.

67. En atención al objeto del presente trabajo, los motivos legítimos de excepción del agotamiento que se van a analizar son los que guardarían relación con el *upcycling*: 1) La modificación del producto; 2) Vínculo que genera el tercero respecto al titular de la marca; 3) El daño a la reputación y al prestigio de la marca.

B) Motivo 1: la modificación del producto

68. Como se ha señalado el único motivo legítimo que se recoge de forma expresa tanto en la actual Directiva de marcas como en el RMUE en sus respectivos artículos 15.2 es el relativo a la modificación o alteración del producto tras su comercialización sin autorización del titular de la marca. Y en esa línea, el TJUE lo ha confirmado, y es que el titular de la marca tiene derecho a que el producto llegue al destinatario final tal y como el titular lo introdujo en el mercado²⁰⁰. De este modo, una modificación o alteración del producto que lesionara algunas de las funciones de la marca (no sólo la función identificadora del origen) implicaría una excepción al agotamiento del derecho de marca. Son las circunstancias del caso concreto las que permitirán determinar si verdaderamente existe motivo legítimo que haga renacer ese derecho de marca.

69. Desde nuestro punto de vista, cortar parte de un producto y pegarlo a otro producto de inferior calidad como sucede *ad ex.* en el asunto, ya mencionado, *Louis Vuitton* contra *Sandra Ling* podría implicar una infracción del derecho de marca aunque éste esté agotado. El derecho de marca podría renacer en este tipo de casos de *upcycling* porque a un producto diferente y de inferior calidad se le añade de forma un tanto burda trozos de piel de un producto que está registrado como marca sin el consentimiento del titular. A nuestro juicio, este tipo de actuaciones de terceros podría implicar una modificación del producto original en la reventa de forma substancial. En apoyo de esta posición que mantenemos podríamos mencionar un asunto que resolvió la el Tribunal Supremo alemán en el año 1990²⁰¹ donde se resolvía sobre un coche que tras un accidente había sido reparado en los elementos más sustanciales (que se podría considerar como si hubiera fabricado de nuevo) si éste podía comercializarse de nuevo bajo la marca original. El tribunal consideró que no podía comercializarse con la marca original debido a que la profundidad de la reparación lo impedía.

70. Además, consideramos que en este tipo de casos de *upcycling* como el de *Louis Vuitton* contra *Sandra Ling* no sólo se dañaría la función de indicación del origen empresarial, generando confusión al consumidor sobre si el titular de la marca colabora en el *upcycling* de ese tercero, sino que también podría argumentarse un daño en la imagen de la marca, como posteriormente estudiaremos.

71. Para argumentar esta excepción al agotamiento sería interesante tener presente ante qué tipo de *upcycling* nos encontramos. No se debería considerar del mismo modo un producto nuevo creado a base de un único producto anterior que se transforma de forma substancial dando lugar a otra categoría

¹⁹⁹ STJUE de 12 de julio de 2011, *L'Oreal vs. Ebay*, C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474, apartado 54.

²⁰⁰ STJCE de 28 de mayo de 1978, as.102/77, *Hoffman-La Roche*, ECLI:EU:C:1978:58.

²⁰¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de April de 1990, I ZR 198/88, 1990, GRUR 678.

de producto y se puede apreciar la marca ajena como sucede en el asunto de *Louis Vuitton* contra *Sandra Ling* que en otros supuestos donde la transformación procede de varios productos y las marcas ajenas no aparece en la creación de *upcycling*. Este escenario consideramos que es distinto desde la perspectiva de la infracción marcaria, creemos que la confusión sería prácticamente inexistente y que en estos casos debería hacerse una interpretación más pro sostenibilidad. Esta posición implicaría que se debiera realizar una interpretación de la excepción del agotamiento por modificación del producto más amplia con el fin de fomentar la reutilización de productos textiles. Esta interpretación iría en línea con la actual de posición del legislador europeo que dará en breve lugar a normativa (como el Reglamento de diseño ecológico²⁰²) que persigue una reducción de la producción textil y un mayor aprovechamiento de los productos ya creados.

72. Por lo tanto, para concluir, a la hora de argumentar la excepción al agotamiento basada en la modificación del producto original mediante la técnica del *upcycling* se debería tener muy presente el caso concreto porque no hay a día de hoy una respuesta y menos aún para todas las situaciones que se podrían derivar de esta técnica. Consideramos que en estos casos se debería diferenciar entre los diferentes tipos de *upcycling* que poder tener lugar. Así, en aquellos supuestos donde la marca no aparece o es un elemento más y la voluntad del que realiza el *upcycling* es reutilizar y no aprovecharse de la reputación de una marca ajena se podría establecer una doctrina como la que se creó por el TJUE en el caso de cambios de envases o paquetes de fármacos para favorecer las importaciones paralelas. En este caso, se podría modular esta excepción del agotamiento del derecho de marca basado en *upcycling* con el fin de favorecer y potenciar la sostenibilidad y circularidad en la industria textil.

C) Motivo 2: Vínculo que genera el tercero con respecto al titular de la marca

73. Este motivo tendría lugar cuando el tercero comerciante mediante una comunicación comercial (un anuncio en internet, un *post* en una red social, etc.) dé la impresión de que existe un vínculo entre él y el titular de la marca. En particular, esta situación tendría lugar cuando con sus actuaciones el tercero genere la impresión al consumidor de que ese tercero bien pertenece a la red oficial de distribución del titular de la marca o que existe una relación especial entre ambas empresas²⁰³. De este modo, como ya vimos cuando estudiamos el riesgo de confusión, el titular puede hacer valer su derecho de marca una vez agotado dicho derecho debido a que se dañaría la función esencial de la marca en los casos en los que el tercero usa una marca ajena igual o similar a otra registrada como palabra clave en motores de búsqueda y en relación a ese uso que el tercero realiza, el consumidor medio razonablemente atento y perspicaz no puede saber si ese anuncio procede del titular de la marca, de una empresa vinculada con el titular o de un tercero que no guarda ninguna relación con el titular de la marca²⁰⁴.

74. De este modo para considerar que el *upcycling* es lícito desde un punto de vista marcario sería necesario llevar a cabo al menos dos tipos de actuaciones para evitar esa vinculación con el titular de la marca cuando éste no colabora con la empresa que realiza el *upcycling*.

Por un lado, sería recomendable incluir una advertencia o *disclaimer* en los productos que se crean donde se advierte que no hay vinculación alguna entre el titular de la marca que aparece en el producto y la empresa que comercializa el producto creado mediante *upcycling*. Esta advertencia podría aparecer en una web donde se ofertan los productos²⁰⁵ pero también incorporarse en las etiquetas de los productos. Esa incorporación en la etiqueta evitaría una confusión post venta.

²⁰² Sobre este borrador de normativa *vid.* las enmiendas aprobadas por el Parlamento Europeo el 12 de julio de 2023, disponibles en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0272_ES.html (consultado el 10 de diciembre de 2023).

²⁰³ STJUE de 8 de julio de 2010, C-558/08, *Portakabin*, ECLI:EU:C:2010:416, apartado 80.

²⁰⁴ *Ibidem*, apartado 81.

²⁰⁵ Un ejemplo de *disclaimer* podría ser este que hemos encontrado de un web que vende productos de *upcycling* a los que incorpora parte de productos usados de las firmas *Louis Vuitton* o *Gucci*, *vid.* <https://glammamasboutique.com/collections/-upcycled-designer-accessories-?page=1> (consultado el 10 de diciembre de 2023).

Por el otro, sería aconsejable evitar el uso de palabras clave en motores de búsqueda que coinciden con las del titular de la marca. Esto evitaría que el consumidor pudiera confundirse aunque fuera sólo inicialmente. Sin embargo, esto en la práctica poco o nada se lleva a cabo porque los terceros prefieren arriesgarse y aprovecharse en gran medida del tráfico que generan las marcas renombradas en internet. Por lo tanto, si se va a utilizar como palabras clave las marcas de tercero sería necesario para evitar dañar la marca ser lo más transparente posible y acompañar el anuncio con otras palabras como “*upcycling*” o “producto no creado por la marca x”. Expresiones que, en definitiva, permitan al consumidor medio saber desde el primer momento qué está adquiriendo (si un producto de segunda mano, usado o una nueva creación a través del *upcycling*) y cuál es el origen empresarial de ese producto.

Por último, hay que tener en cuenta que una advertencia o *disclaimer* no excluye en todo caso la responsabilidad marcaria o por competencia desleal que pudiera ostentar ese tercero por las prácticas de *upcycling* que está realizando. No obstante, a nuestro juicio es importante poner este tipo de advertencias porque a la hora de tener que defenderse de una infracción marcaria podría ayudar al presunto infractor.

D) Motivo 3: el daño a la reputación y prestigio de la marca

a) Introducción

75. Otro motivo en el que el titular del signo distintivo puede basarse para alegar la excepción al agotamiento del derecho de marca sería que esa comercialización posterior de los productos mediante la técnica del *upcycling* sin su consentimiento daña la reputación e imagen de marca.

76. Este motivo de dañar el prestigio y reputación de la marca se podría sustentar en algunas de las siguientes actuaciones realizadas por el tercero:

- 1) La escasa calidad de los productos utilizados para realizar el *upcycling*.
- 2) El modo en el que se comercializa el producto objeto de *upcycling*.
- 3) La forma en la que se hace publicidad de ese producto derivado de la técnica del *upcycling*.

b) Daño a la reputación de la marca por la escasa calidad de productos

77. El *upcycling* se caracteriza por el hecho de que surge un nuevo producto de otros ya existentes siendo la creatividad la que da valor al nuevo producto. Sin embargo, de los diferentes asuntos que hemos podido conocer y que han tenido lugar al otro lado del atlántico como el de *Ralph Lauren* contra *VDNS*²⁰⁶ se puede observar como el nuevo producto que se crea no tiene valor por la creación en sí derivada del *upcycling* sino por la marca (bien incorporada de forma directa, bien con trozos de productos anteriores) que porta ese nuevo producto. Por lo tanto, el primer argumento es que ni si quiera estaríamos ante supuestos de verdadero *upcycling*.

78. Sostenido lo anterior, otra característica habitual en este tipo de casos es que los productos que se crean bajo la técnica de *upcycling* suelen ser de peor calidad que las partes de los productos originarios. Un ejemplo lo ilustraría estas imágenes del asunto al que ya nos hemos referido anteriormente, *Louis Vuitton* contra *Sandra Ling*.

²⁰⁶ En este asunto se condenó a *VDNS*, empresa con sede en California a pagar a *Ralph Lauren* 800.000 dólares por infracción marcaria (15 U.S.C. § 1117(c) de la *Lanham Trademark Act*). La referencia del caso es: *Polo Ralph Lauren USA Holdings v. VDNS Los Angeles*, No. 2:20-cv-00374-CBM-PJW.(C. D. Cal. Dec. 9, 2020).



Fuente: <https://enriqueortegaburgos.com/louis-vuitton-vs-sandra-ling-designs/> (consultado el 10 de diciembre de 2023).

79. Esta calidad baja de los productos a los que se incorpora parte del producto que se corresponde con una marca registrada puede dar lugar a diluir la marca y a dañar su imagen y reputación.

80. Otro factor a argumentar para considerar que esa venta del producto de *upcycling* que porta una marca de lujo daña la imagen de marca es al precio al que se comercializan los productos. La imagen de marca de un producto de lujo se puede diluir si se comercializa a un precio que se aleja del rango de precios al que el consumidor puede adquirir productos de esa marca.

c) Daño a la reputación de la marca por la forma en la que se distribuyen los productos objeto creados bajo el *upcycling*

81. Los productos de lujo, los cuales son los que suelen ser objeto principalmente del *upcycling*²⁰⁷, se distribuyen por regla general mediante sistemas muy cuidados, generalmente sistemas de distribución selectiva que permiten proteger el *glamour* y prestigio de la marca²⁰⁸. Así, cabe plantearse si la venta descuidada de un producto de lujo, el cual se ha modificado y forma parte de otro completamente diferente, podría implicar un motivo legítimo para que el derecho de marca renaciera conforme al art. 15.2 del RMUE. La base jurídica en la que podría apoyar el titular su argumento sería que tal forma de comercializar parte de su producto tan alejada (*ad ex.*, sin servicio preventa y postventa) de su forma habitual de distribución podría implicar una lesión de su derecho de marca, y por lo tanto que renaciera su derecho, debido a que el consumidor al poder encontrar parte de su producto así vendido permite que el consumidor haga asociaciones negativas de su marca y dañe su función reputacional.

No obstante, se deberá atender al caso concreto porque el mero hecho de vender productos de lujo fuera de la red oficial de distribución no implica de forma automática que se dañe la reputación de la marca, siendo necesario atender al caso concreto. El TJUE estableció en el asunto *Dior Couture* de 2009 que la venta fuera de la red puede menoscabar la calidad de los productos de marca, pero para que “la posibilidad de daño” se convierta en un daño real que menoscabe la reputación de la marca es necesario tener en cuenta aspectos como quiénes son los destinatarios de los productos y las condiciones de ese sistema concreto de distribución selectiva²⁰⁹.

²⁰⁷ Para muestra respecto de los casos que han más trascendido hasta el momento, en todos ellos los demandantes son firmas de lujo *vid.*, Chanel, Inc. v. Shiver and Duke, LLC, No. 1:21-cv-01277-MKV (S.D.N.Y. Nov. 29, 2022); Rolex Watch U.S.A., Inc. v. BeckerTime, LLC, No. 4:20-CV-01060, 2022 WL 286184(N.D. Tex. Jan. 31, 2022); Hamilton Int’l Ltd. v. Vortic LLC, 486 F. Supp. 3d 657.

(S.D.N.Y. 2020), *aff’d*, 13 F.4th 264 (2d Cir. 2021); Rolex Watch U.S.A., Inc. v. Reference Watch LLC d/b/a La Californienne, No. 2:19-cv-09796-RGK-JPR (C.D. Cal. May 28, 2020); Polo Ralph Lauren USA Holdings v. VNDS Los Angeles, No. 2:20-cv-00374-CBM-PJW.(C.D. Cal. Dec. 9, 2020).

²⁰⁸ Sobre la distribución que se utiliza para productos de lujo *vid.* el capítulo 6 de la presente obra.

²⁰⁹ STJCE de 23 de abril de 2009, *Copad SA/Christian Dior couture SA*, asunto C-59/08, *Rec.* 2009, p. I-03421, apartado 58.

82. Al hilo de lo sostenido por el propio TJUE en incontables ocasiones, el tribunal nacional es el que debe comprobar si las circunstancias concretas del caso permiten apreciarlo como motivo legítimo de excepción de agotamiento. Los tribunales españoles en diferentes sentencias han considerado que la comercialización de productos de marca por distribuidores no pertenecientes a la red oficial es un motivo legítimo de excepción del agotamiento contemplado en el art. 36.2 LM debido a que vulnera el prestigio de la marca²¹⁰. Sin embargo, este reconocimiento no significa que la comercialización fuera de la red en sistemas de distribución selectiva constituya *per se* un motivo legítimo para prohibir las ulteriores comercializaciones de los productos de marca una vez agotado este derecho²¹¹. De este modo, las circunstancias del caso son importantes, es decir, los destinatarios de las ventas, su volumen y frecuencia, la naturaleza del producto, la trayectoria del revendedor, es decir, su prestigio, su modo de operar, en definitiva, el establecimiento donde vende el producto, si utiliza servicio preventa y posventa, etc²¹². Estos aspectos que se analizan para determinar si la venta fuera de la red oficial de distribución puede ser un motivo legítimo que excepciona el agotamiento del derecho de marca (ex art. 15.2 RMUE) también podrían ser criterios a tener presente para determinar si se daña la reputación e imagen de una marca cuando los productos que se comercializan se derivan del *upcycling*.

d) La lesión de la reputación de la marca mediante la publicidad

83. Como ya hemos señalado anteriormente, el tercero que comercializa un producto de marca agotado va a estar también facultado para hacer publicidad de dicho producto. El derecho de marca se agota con la primera comercialización y con él también la posibilidad del titular de oponerse a que un tercero realice publicidad de su marca con el fin de revender los productos. De este modo, el TJUE sostuvo en el asunto *Parfums Christian Dior* de 1997 que el titular de la marca no va a poder invocar la excepción del art. 7.2 de la Primera Directiva de marcas (actual art. 15.2 de la Directiva 2436/2015, los cuales se corresponden con el art. 15.2 del RMUE) por el hecho de que el vendedor haga publicidad de los productos mediante las vías específicas de su sector de actividad²¹³, a pesar de que dicha forma de publicitar no se corresponda con la que realizan los distribuidores oficiales de la marca. No obstante, una excepción al respecto tiene lugar cuando el titular de la marca pueda probar que la publicidad que realiza el revendedor independiente menoscabe la reputación de la marca. *Ad ex.* cuando el revendedor coloca la marca en su folleto publicitario junto con otros productos que puede entrañar el riesgo de desvalorizar gravemente la imagen que el titular ha logrado transmitir con su signo en el mercado²¹⁴. Sin embargo, del mismo modo que se sostenía en el apartado anterior, cuan lujoso y prestigioso sea el producto y el tipo de publicidad realizada por el revendedor será lo que demuestre la necesidad de hacer valer la excepción al agotamiento en función de si dichas actuaciones son aptas o no para menoscabar o degradar la reputación de la marca.

84. En definitiva, para hacer valer este motivo son claves las circunstancias del caso porque son las que permiten hacer factible este motivo o no. Cuanto más lujosa sea una marca más fácil podría ser recobrar el *ius prohibendi*, ya que las técnicas de venta de estos productos son más necesarias para preservar el halo de *glamour* y prestigio.

²¹⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Secc. 4ª) de 20 de octubre de 2003, *Clarins Paris/Supermercados Sabeco*, núm. 558/2003, (AC 2003/1693), FD 5; Sentencia de la Audiencia provincial de Madrid (Secc. 28ª) de 5 de octubre de 2006, *Bulgar y Hevige Distribución S.L/Makro Autoservicio Mayorista S.A.*, núm. 140/2006, (JUR 2007,54756), FD 3º; Sentencia Audiencia Provincial de Alicante (sección 8ª), *L'oreal y otros/Univexva S.L.*, núm. 352/2008 de 14 octubre (JUR 2009,26671), FD 8.

²¹¹ STS de 22 de abril de 2006, nº 267/2016, ECLI:ES:TS:2016:1669, FD 6º.

²¹² Vid. F. CARBAJO CASCÓN, *La distribución selectiva...*, p. 188.

²¹³ STJCE de 4 de noviembre de 1997, C-337/95, *Parfums Christian Dior*, ECLI:EU:C:1997:517, apartado 46. Vid. P. MARTÍN ARESTI, "Art. 36, agotamiento..." , pp. 598-600.

²¹⁴ STJCE de 4 de noviembre de 1997, C-337/95, *Parfums Christian Dior*, ECLI:EU:C:1997:517, apartado 47.

VI. Posibles vías de escape para proteger al *upcycling* frente a las infracciones marcarias desde el propio derecho de marcas

85. Estudiado el contenido del derecho de marca a su titular y una de sus excepciones más importantes, el agotamiento del derecho de marca, se puede afirmar que actualmente tal y como se concibe legalmente el derecho de marca en la UE y también de cómo se interpreta el *upcycling* tiene poca posibilidad de sobrevivir ante un pleito por infracción marcaria. Aunque cada caso de *upcycling* es peculiar, el riesgo de confusión o el daño a la reputación son ilícitos que el titular puede argumentar y probar con relativa facilidad cuando el *upcyclier* incorpora a su creación trozos de productos que se corresponden con la marca registrada de un tercero, no informa al consumidor de su relación con esa marca del tercero, el creador no incorpora su propio logo o signo distintivo y no aclara qué tipo de intervención ha realizado. Incluso cuando el derecho de marca está agotado, éste podría renacer con bastante probabilidad en base al argumento de la modificación del producto original tras su puesta en circulación en el mercado o por daño en la reputación de la marca.

86. Por lo tanto, ante este escaso margen de maniobra con el que contaría el creador de productos reutilizados cabe plantearse si habría alguna opción legal, incluso dentro del derecho de marcas, que evitase que el creador estuviese tan expuesto a una posible demanda por infracción marcaria ante tribunales europeos. La respuesta no es categórica, pero ha habido autores que han considerado que la licitud del *upcycling* podría derivarse del art. 14.1 en sus letras b y c RMUE²¹⁵. Es decir, que el *upcyclier* podría amparar el uso que hace la marca de un tercero en sus creaciones bien en que ese uso es sin carácter distintivo y sólo como mero elemento decorativo (art. 14.1 letra a RMUE) o bien que ese uso es como mera referencia (art. 14.1 letra b RMUE). Este apoyo al *upcycling* en base a las letras b y c del art. 14 RMUE puede ser bastante discutible debido a que el *upcyclier* debe centrar su argumento en que ese uso que hace de la marca del tercero no tiene carácter distintivo. Y para eso será importante que sus actos puedan probarlo, por ejemplo, una vía para hacerlo es incorporando su propio logo o marca. También esa incorporación del propio signo distintivo del *upcyclier* en la creación es especialmente relevante para probar que su actuación es leal²¹⁶. La cual se exige por el art. 14.2 RMUE. De hecho, éste es el aspecto que desde nuestro punto de vista, en algunos de los casos señalados en este trabajo puede faltar.

VII. La estrategia de litigación transfronteriza a tener presente por vulneración de una marca de la UE

1. Aproximación inicial

87. En el supuesto de que el titular de una marca de la UE considerara que mediante el *upcycling* se le estaría vulnerando su derecho de marca y quisiera tutelararlo, es necesario tener presente la estrategia procesal internacional a seguir. Es decir, se deberán resolver los tres interrogantes que surgen cuando un elemento extranjero existe en una situación privada. Estos serían: qué tribunales serían competentes para conocer del litigio, el Derecho aplicable a esa controversia, y una vez se cuente con una resolución judicial, en qué Estados podría desplegar efectos la misma. En esta parte del trabajo vamos a intentar dar respuesta a los dos primeros interrogantes.

2. Aspectos a tener presente para la determinación del tribunal de marca de la UE competente en casos de *upcycling*

88. Sobre la determinación de los tribunales internacionalmente competentes por vulneración de una marca de la UE es necesario tener presente lo siguiente:

²¹⁵ M. SENFTLEBEN, “Fashion Upcycling and...”, pp. 7 - 9.

²¹⁶ *Ibidem*, p. 20.

89. Un primer aspecto a valorar en la determinación de los tribunales internacionalmente competentes sobre una infracción relativa a una marca de la UE es que el legislador europeo ha limitado los tribunales que podrían conocer del asunto. Es decir, ha establecido unas normas de competencia judicial internacional específicas para determinar qué tribunales pueden solucionar los asuntos en los que se ven afectados títulos de propiedad industrial unitarios como la marca de la UE, pero también aunque no sea objeto del presente estudio, el diseño comunitario o las obtenciones vegetales²¹⁷. De este modo, en relación a la competencia judicial internacional sobre asuntos en los que se debe dirimir la validez y/o la infracción de una marca de la UE es necesario tener presente lo siguiente:

- 1) Las normas que regulan la competencia judicial internacional en el RMUE (arts.125 a 133) son *lex specialis*²¹⁸ respecto a las reglas que se recogen en el reglamento 1215/2012 del *Parlamento europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* (en adelante, Reglamento Bruselas I-bis)²¹⁹. En otras palabras, cuando se plantee un litigio para proteger una marca de la UE, los foros del Reglamento Bruselas I bis son subsidiarios. Esto significa que habrá que acudir, en primer lugar, a lo dispuesto en el RMUE, y en lo no regulado por estos foros, resultará de aplicación el Reglamento Bruselas I bis (salvo los preceptos expresamente excluidos por el art. 122 RMUE).
- 2) Cualquier tribunal no podría conocer de un asunto relativo a una marca de la UE. Como se ha señalado anteriormente, el legislador europeo ha limitado los tribunales que pueden conocer sobre la marca de la UE. De este modo, cada Estado ha designado y comunicado a la Comisión qué tribunales de su organigrama judicial son “tribunales de marca de la UE”²²⁰. En el caso de España, dichos tribunales son los juzgados de lo mercantil de Alicante *ex art. 86 bis 4 LOPJ* para conocer de los asuntos en primera instancia y la Audiencia Provincial de Alicante (sección 8ª) en virtud del art. 82.23º LOPJ para conocer en segunda instancia²²¹. Estos juzgados y tribunales españoles designados ostentan competencia exclusiva²²² y pueden extender su jurisdicción a todo el territorio nacional²²³.

²¹⁷ En el caso de los títulos de obtenciones vegetales comunitarios aunque también es un derecho unitario de propiedad industrial, el derecho europeo no ha exigido a los Estados miembros que creen unos tribunales específicos que conozcan en exclusiva de las acciones judiciales que afectan a estos títulos. Así, en el caso de las obtenciones vegetales comunitarias se deberá atender a lo dispuesto en el art. 101 del *Reglamento (CE) n° 2100/94 del Consejo, de 27 de julio de 1994, relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales* (DOCE n° 227 de 1 de septiembre de 1994). Para un mayor detalle sobre este particular *vid.*,

A.-L. CALVO CARAVACACA/J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Competencia y procedimiento en el ejercicio de acciones civiles sobre derechos de obtenciones vegetales”, en A. GARCÍA VIDAL, *Derecho de obtenciones vegetales*, Valencia, 2017, pp. 1051- 1109.

²¹⁸ STJUE de 5 de junio de 2014, C-360/2012, *Coty Germany*, ECLI:EU:C:2014:1318, apartado 27.

²¹⁹ DOUE L 351/1, de 20 de diciembre de 2012.

²²⁰ *Vid.* art. 123 apartado 1 y apartado 2 del Reglamento de marca de la UE.

²²¹ En relación a la denominación que realiza la LOPJ respecto del Juzgado de lo mercantil de Alicante y a la sección especializada de la Audiencia provincial de Alicante dos precisiones: 1) Aunque la LOPJ los denomina “juzgados de marca comunitaria” y “tribunal de marca comunitaria”, tras el Reglamento europeo 2015/2424 la denominación debe ser marca de la UE o marca de la Unión. 2) A pesar de que la LOPJ lo obvia en cómo nombra al juzgado de lo mercantil de Alicante y la sección 8ª de la Audiencia Provincial de Alicante, haciendo únicamente referencia a la marca de la UE, estos órganos jurisdiccionales españoles son competentes no sólo en materia de marca de la UE, también en todo lo relativo al diseño y dibujo comunitario. Sobre este particular *vid.*, A. GARCÍA VIDAL, *Las acciones civiles por...*, p. 130 y también *vid.*, J.A. GÓMEZ SEGADÉ, “Los juzgados de lo mercantil o de cómo el fin no justifica los medios”, en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 1359-1375.

²²² En atención al art. 124 del Reglamento de la marca de la UE, los tribunales de marcas de la UE tienen competencia para: “a) para cualquier acción por violación y –si la legislación nacional la admite– por intento de violación de una marca de la Unión;

b) para las acciones de comprobación de inexistencia de violación si la legislación nacional las admite;

c) para cualquier acción entablada a raíz de hechos contemplados en el artículo 11, apartado 2;

d) para las demandas de reconversión por caducidad o por nulidad de la marca de la Unión contempladas en el artículo 128”.

²²³ A. GARCÍA VIDAL, *Las acciones civiles por...*, p. 130.

3. Los foros de competencia judicial internacional en el RMUE

90. Los foros de competencia judicial internacional para determinar qué juzgado de marcas de la UE tendría competencia única y exclusiva²²⁴ para conocer de las acciones civiles para proteger una marca de la UE serían los siguientes:

- 1) Foro de sumisión tácita (art. 125. 4 letra b RMUE).
- 2) Foro de sumisión expresa (art 124.4 letra a RMUE).
- 3) Foro del domicilio del demandado (art. 125.1 RMUE).
- 4) Foro del lugar del establecimiento del demandado (art. 125.1 RMUE).
- 5) Foro del lugar del domicilio del demandante (art. 125.2 RMUE).
- 6) Foro del lugar del establecimiento del demandante (art. 125.2 RMUE).
- 7) Foro del lugar donde se encuentra la oficina, es decir, la EUIPO (antes OAMI). La cual se encuentra en Alicante, España.
- 8) Foro del lugar donde se hubiere cometido o pudiera cometerse la infracción marcaria.

91. Un aspecto importante que se debe tener presente es cómo se relacionan estos foros entre sí. Así, cabe preguntarse si el demandante podría elegir cualquiera de estos foros de forma alternativa o si en realidad existe una relación jerárquica entre los mismos. La respuesta es compleja y merece una explicación pausada, ya que habría que atender a una combinación de ambos criterios. En otras palabras, de las sentencias del TJUE sobre la marca de la UE (pero también sobre diseño comunitario)²²⁵ se ha podido llegar a la conclusión de que la relación de algunos de estos foros es en cascada entre sí²²⁶ pero también hay alternatividad entre algunos de ellos²²⁷. En otras palabras, la relación de los siete primeros foros enunciados entre sí es en cascada o sucesiva²²⁸, debe primero comprobarse si concurre las circunstancias del primero foro y si no del segundo y así de forma sucesiva²²⁹. De este modo, si existe un acuerdo entre las partes sobre el tribunal al que acudir a litigar respecto a ese litigio que afecta a una marca de la UE, ese foro de sumisión expresa va a prevalecer sobre el foro del domicilio del demandado. Del mismo modo, sólo en el caso de que el demandado no esté domiciliado en un Estado miembro y tampoco ostente un establecimiento en un Estado miembro se podrá acudir al foro del domicilio del demandante. Sin embargo, la relación de algunos de estos foros enunciados (domicilio del demandado y domicilio del demandante) es alternativa con respecto al foro que hemos enunciado en último lugar relativo al lugar de la infracción marcaria. Así, los tribunales del lugar de la infracción son competentes para conocer de forma alternativa de los hechos cometidos en el Estado miembro donde se encuentra sito ese tribunal de marca de la UE. No obstante, este foro del lugar de la infracción, como vamos a estudiar posteriormente, es un foro que cuenta con límites, los cuales son: 1) Estos tribunales del lugar de la infracción sólo son competentes de las infracciones marcarias cometidas en el territorio del Estado miembro donde se encuentra sito ese tribunal; 2) Los tribunales competentes mediante este foro no pueden ser competentes para la declaración de no existencia de infracción de marca de la UE.

²²⁴ Conviene no olvidar que una consecuencia de esta exclusividad es que una sentencia de un tribunal de un tercer Estado que se pudiera dictar en relación a una marca de la UE no podría nunca desplegar efectos en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Esto es así porque los tribunales designados como “tribunales de marca de la UE” ostentan competencia única y exclusiva, por lo que si normas de Derecho internacional privado de terceros Estados atribuyeran a sus tribunales nacionales competencia judicial internacional para asuntos que afectan a marcas de la UE podrían hacerlo pero sería poco efectivo, ya que en ningún caso conforme a las normas del Reglamento de la UE dichas sentencias de terceros Estados desplegarían efectos en España.

²²⁵ De hecho, lo expuesto en esta parte del trabajo en relación a los foros de competencia judicial internacional del RMUE puede ser también aplicable al art. 82 del Reglamento 6/2002 de 12 de diciembre de 2001 sobre los dibujos y modelos comunitarios (DOCE L 3, de 5 de enero de 2002).

²²⁶ STJUE de 13 de julio de 2017, C-433/2016, *Motoren Werke*, ECLI:EU:C:2017:550, apartado 40.

²²⁷ A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 3735.

²²⁸ Vid. P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Competencia judicial de infracciones en línea de marcas de la Unión”, *La Ley la Unión Europea*, 2019, p. 12.

²²⁹ Algunos autores se han referido a esta relación como jerárquica, vid. G.N. HASSELBLAT, *European Union trade mark regulation. Article-by-article commentary*, “article 125”, Hart Publishing, 2018, pp. 1094-1103, en particular, p. 1095.

Un ejemplo práctico sobre cómo funcionan estos foros sería el siguiente: una empresa con sede en París LUXI BAGS es titular de una marca patrón de la UE que reproduce un conjunto de cuadros. La empresa francesa se ha dado cuenta de que hay una empresa portuguesa MODY con sede estatutaria en Lisboa que comercializa accesorios de moda en España y Portugal, especialmente bolsos y pequeña marroquinería donde incorpora trozos de tela y de cuero originales que proceden de productos de la empresa francesa y que se corresponden con la marca patrón que tiene registrada como marca de la UE. LUXI BAGS considera que, aunque se trata de productos originales de LUXI BAGS los que se incorporan a las nuevas creaciones de MODY, se confunde al consumidor sobre el origen del producto y se daña su reputación e imagen de marca. Por ese motivo, la empresa francesa se plantea acudir a los tribunales franceses a demandar a la empresa española porque son los tribunales de su domicilio como demandante y cree que sería posible en virtud de art. 125.2 del RMUE. Sin embargo, la empresa francesa se equivoca. Así, sus opciones serían: 1) Acordar el tribunal competente con el demandado. Si ambas partes quieren, podrían decidir a qué Estado miembro acudir a litigar; 2) Acudir a los tribunales portugueses de marca de la UE debido a que en Portugal se encontraría el foro del domicilio del demandado a su favor. Sólo en el caso de que no existiera ni domicilio del demandado ni establecimiento en ningún Estado miembro de la UE, se podría acudir al foro del domicilio del demandante. Y sólo en el caso de que no existiera ni domicilio ni establecimiento de demandado ni demandante en la UE se podría acudir al tribunal de marca de la UE en la que se encuentra la sede de la EUIPO, la cual se encuentra en Alicante (España). Pero éste no es el caso, ya que el demandado sí tiene domicilio en algún Estado miembro, en Lisboa; 3) El demandante podría basar su competencia en el foro del lugar de la infracción, por lo que se podría demandar en España en base a este foro, pero hay que tener presente que el tribunal español de marca de la UE sólo podría pronunciarse sobre la infracción marcaria que ha tenido lugar en España. En el caso de que la empresa francesa quisiera reclamar por todos los daños sufridos por esa marca de la UE tendría la opción de acudir al foro del domicilio del demandado, es decir, demandar ante tribunales portugueses.

4. Foro de la elección por las partes del tribunal competente

92. El art. 125.4 en sus letras a y b del RMUE permite que las partes que se vean envueltas en un litigio que afecta a una marca de la UE puedan elegir libremente el tribunal de marca de la UE del Estado miembro donde quieren acudir a litigar. Dicha elección de tribunal competente puede ser expresa o tácita. Las partes deberán atender a lo dispuesto en los arts. 25 (sumisión expresa) y 26 (sumisión tácita) del Reglamento Bruselas I bis para llevar a cabo una elección de foro válida²³⁰.

5. Foro del domicilio del demandado

A) Introducción

93. En el caso de que las partes no hayan elegido de forma expresa o tácita el tribunal de marca de la UE competente para conocer de su asunto o dicha elección no sea válida, es necesario atender al foro del domicilio del demandado. El art. 125.1 RMUE recoge el clásico foro del domicilio del demandado. En otras palabras, el tribunal con competencia judicial internacional para conocer de un asunto relativo a la validez o a declaración o no declaración una infracción de una marca de la UE será del del Estado donde el demandado tiene su domicilio. Este foro se rige por lo dispuesto en el citado precepto (art. 125.1 RMUE) del Reglamento de la marca de la UE, pero también se aplica de forma subsidiaria el Reglamento Bruselas I bis (art. 122.1 RMUE).

²³⁰ Para un mayor detalle sobre estos foros *vid.* sin carácter exhaustivo en la doctrina española, A. -L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho ...*, pp. 2625-2679; y en la extranjera, U. MAGNUS, “Article 25”, en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI, *Brussels I bis Regulation*, Ottoschmidt, Köln, 2016, pp. 584-669.

94. La competencia de los tribunales designados como marca de la UE y que ostenten este foro basado en el domicilio del demandado pueden resolver la infracción de una marca en relación a hechos cometidos en cualquier Estado miembro. Es decir, porque los hechos que dan lugar al litigio hayan sucedido en otro Estado miembro no implica que un tribunal de otro Estado miembro si tiene foro no pueda conocer del asunto. Una de las consecuencias de este principio es que las resoluciones dictadas por los tribunales de marca de la UE de los Estados miembros van a desplegar efectos en cualquier otro Estado miembro²³¹.

B) La determinación del “domicilio” del demandado a la luz del Reglamento Bruselas I bis

95. Un aspecto importante para la aplicación de este foro es la determinación del domicilio del demandado. Debido a que el RMUE no recoge nada al respecto debe aplicarse lo dispuesto en el Reglamento Bruselas I bis para la determinación del domicilio del demandado. Para ello el Reglamento Bruselas I bis tiene dos preceptos específicos. En el caso de las personas físicas, la norma aplicable es el art. 62 Reglamento Bruselas I bis. En el supuesto de las personas jurídicas, es necesario acudir al art. 63 Reglamento Bruselas I bis. La diferencia entre determinar el domicilio de persona física y persona jurídica en el Reglamento Bruselas I bis no es baladí. Esto es así porque mientras que para persona jurídica existe un concepto propio en el texto del Reglamento. No sucede así para las personas físicas. Un juez al igual que un demandante que quiera saber si un posible demandado está domiciliado en un Estado europeo concreto deberá acudir a las normas nacionales del ese Estado. Así, en el caso del ordenamiento jurídico español, será necesario acudir al art. 40 del Código Civil (en adelante CC). Una persona tiene su domicilio civil en España cuando reside habitualmente en España. El citado art. 40 CC no define residencia habitual, para ello se debe acudir a la jurisprudencia del Tribunal Supremo²³². De este modo, una persona ostenta su residencia habitual en España cuando se cumplen dos requisitos²³³: 1) La persona tiene presencia física en España; 2) La persona tiene intención de permanecer en España. Así, si el demandado está empadronado o no en España, o si su residencia es desde un punto de vista administrativo ilegal, no es relevante²³⁴. Lo importante es si la persona física en España reside con habitualidad y tiene esa voluntad de permanecer en ese lugar. Por lo tanto, los jueces españoles para determinar su competencia judicial en virtud del art. 4 Reglamento Bruselas I bis deben aplicar el art. 40 CC para determinar la residencia habitual y no el art. 50 LEC. Esta norma es para determinar la competencia territorial de los tribunales españoles pero una vez que éstos ostentan competencia judicial internacional.

96. Estudiado los criterios a tener presente para considerar cuando una persona física está domiciliada en España, cabe preguntarse qué sucede si el demandado no está domiciliado. En ese caso el juez español de marca de la UE no podrá declararse internacionalmente competente en virtud del art. 125.1 RMUE y para saber si está domiciliado en otro Estado que no es España deberá aplicar las normas internas de ese Estado donde considera que podría estar domiciliado el demandado.

97. En el caso de las personas jurídicas es más sencillo. El art. 63 Reglamento Bruselas I bis desarrolla un concepto de domicilio propio. Así, una persona jurídica estará domiciliada en un Estado miembro cuando bien su sede estatutaria, o su administración central o su centro de actividad principal se encuentre en dicho Estado. Esta noción material de domicilio es amplia con el fin de facilitar la litigación transfronteriza, lo cual fomenta la tutela judicial efectiva.

²³¹ *Vid.*, A. GARCÍA VIDAL, *Acciones civiles por...*, p. 134.

²³² A. -L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho...*, p. 1245.

²³³ STS 21 noviembre 2017, 4113/2017, ECLI:ES:TS:2017:4113, FD 5º.

²³⁴ STS 15 noviembre 1991; STS 13 julio 2022, 622/1996; STS 22 marzo 2001.

6. Foro del establecimiento

A) Aproximación inicial

98. El art. 125.1 del RMUE señala que en el caso de que el demandado no esté domiciliado en un Estado miembro será necesario tener presente si tiene un establecimiento en un Estado miembro. Este foro del establecimiento sólo entra en escena en ausencia de domicilio del demandado en el sentido establecido por el Reglamento Bruselas I bis²³⁵.

B) El término “establecimiento” de una empresa en atención Reglamento de marca de la UE

99. Como se ha señalado anteriormente, en el caso de que el demandado no tenga su domicilio en un Estado miembro se deberá precisar si tiene un establecimiento en algún país de la UE. Sin embargo, el RMUE no define qué debe entenderse por establecimiento. Así, es necesario acudir a la interpretación que ha realizado el TJUE sobre este particular, la cual no coincide exactamente con lo establecido en relación al Reglamento Bruselas I bis²³⁶. De este modo, para el alto tribunal europeo²³⁷, una sociedad filial de segundo grado de una empresa matriz no domiciliada en un Estado miembro podría ser el establecimiento de una empresa en el sentido del art. 125.1 RMUE siempre que esa filial sea un centro de operaciones estable y permanente en el Estado miembro en el que se encuentra y esa continuidad le permita el desarrollo de una actividad comercial que se pueda manifestar de forma duradera como una prolongación de la empresa matriz²³⁸.

100. Por lo tanto, esta interpretación que lleva a cabo el TJUE hace que resulte irrelevante para considerar que existe establecimiento en un Estado miembro en virtud del art. 125.1 del RMUE: i) Que el establecimiento así considerado haya participado o no en la vulneración de la marca²³⁹; ii) Que la sociedad tenga personalidad jurídica propia²⁴⁰; iii) que la sociedad establecida en ese Estado miembro sea una filial directa o de segundo grado, siempre que tengan lugar los requisitos indicados por el TJUE²⁴¹.

101. La consecuencia de esta interpretación amplia del término establecimiento podría implicar que una empresa sin domicilio en un Estado miembro tuviera más de un establecimiento en la UE. Esto daría lugar a que el demandante pudiera especular sobre dónde interponer la demanda, dando lugar al *forum shopping*²⁴². Sin embargo, esto también puede suceder con el concepto de domicilio. El mayor riesgo que plantean estos escenarios de pluralidad de establecimientos/domicilios es el riesgo de resoluciones contradictorias, pero para evitarlo existen las reglas de litispendencia. Así, el posible coste en términos procesales de esta interpretación amplia de establecimiento se vería compensado por el beneficio que implica para el demandado poder defenderse ante un tribunal próximo.

²³⁵ STJUE de 18 de mayo de 2017, C-616/15, *Hummel Holding*, C-617/15, ECLI:EU:C:2017:390, apartado 32.

²³⁶ STJUE de 18 de mayo de 2017, C-616/15, *Hummel Holding*, C-617/15, ECLI:EU:C:2017:390, apartado 25. En relación al Reglamento Bruselas I bis, el TJUE ha interpretado el concepto de establecimiento en diferentes sentencias tales como STJCE de 22 de noviembre de 1978, as. 33/78, *Somafer*, ECLI:EU:C:1978:205, apartados 11 a 13 o la STJUE de 19 de julio de 2012, C-151/11, *Mahamdia*, ECLI:EU:C:2012:491, apartado 48. *Vid.* también, G.N. HASSELBLAT, *European Union trade mark regulation...*, p. 1098.

²³⁷ STJUE de 18 de mayo de 2017, C-616/15, *Hummel Holding*, ECLI:EU:C:2017:390.

²³⁸ STJUE de 18 de mayo de 2017, C-616/15, *Hummel Holding*, ECLI:EU:C:2017:390, apartado 41.

²³⁹ *Idem*, apartado 40.

²⁴⁰ STJUE de 15 de diciembre de 2011, C-384/10, *Voogsgeerd*, ECLI:EU:C:2011: 842, apartado 54.

²⁴¹ STJUE de 18 de mayo de 2017, C-616/15, *Hummel Holding*, ECLI:EU:C:2017:390, apartado 39.

²⁴² A. GARCÍA VIDAL, *Acciones civiles por...*, p. 135 y p. 138.

7. Foro del domicilio del demandante

102. En atención al art. 125.2 del RMUE, en el caso de que el demandado no tuviera ni su domicilio ni tampoco un establecimiento en un Estado miembro el tribunal competente será el del domicilio del demandante. Esta previsión permite que el RMUE se aplique incluso aunque el demandado no esté domiciliado en un Estado miembro, a diferencia de lo que sucede en términos generales en relación al Reglamento Bruselas I bis. Y esa particularidad tiene todo el sentido debido en los litigios sobre validez e infracción de una marca de la UE debido a que la conexión del litigio con la UE no se deriva en realidad del domicilio del demandante sino de la infracción de un derecho unitario (en este caso una marca de la UE) cuya protección resulta por igual en todos los Estados miembros, y por lo tanto, también se puede proteger el derecho en Estado miembro donde el demandante tiene su domicilio²⁴³.

103. Un ejemplo permitirá entender mejor este foro. Imaginemos que la marca TIMEON, marca denominativa de la UE registrada para la clase 9 y que se utiliza por su titular principalmente para relojes, está siendo presuntamente violada por una empresa con sede en el Estado de Delaware (EE.UU.) y que opera en Europa a través de internet. TIMEON pertenece a una empresa española con sede en Madrid. La posible infracción se basaría en que la empresa estadounidense cambia a los relojes con la marca TIMEON, la cual es renombrada en mundo entero, las correas originales por unas llamativas y de colores muy variados. El titular de la marca de la Unión quiere evitar que se comercialicen en Europa estos productos que crea la empresa americana con parte de sus productos porque considera que se confunde al consumidor sobre el origen del producto y se le daña su reputación al ponerle a su reloj una correa de calidad inferior que en nada se parece a la original de los relojes de su marca. Para poder lograr su objetivo tiene que plantearse ante qué tribunal europeo plantear su demanda por infracción marcaria en atención al art. 125 del RMUE. Así, en defecto de sumisión (expresa o tácita), habría que acudir al foro del domicilio del demandado, en su defecto, se debería buscar un establecimiento del demandado en la UE conforme a los criterios establecidos por el TJUE, y sólo en el caso de que no concurriera, la opción sería acudir al foro del domicilio del demandante. Este foro podría ser utilizado en este caso que planteamos, lo que implicaría que el demandante pudiera interponer una demanda por infracción de su marca de la UE ante tribunales españoles. La conexión de este tribunal con el litigio no es tanto por el hecho de que el demandante tiene su domicilio en España sino porque se infringe una marca de la UE que se protege en todos los Estados miembros y también en el Estado donde el demandante tiene su domicilio.

8. Foro del lugar de la infracción

A) Aspectos característicos de este foro

104. El art. 125.5 del RMUE establece que serán competentes para conocer de acciones para proteger una marca de la UE los tribunales del lugar en el que se hubiera cometido el hecho que dar lugar a la infracción marcaria o el intento de infracción. En un primer momento podemos llegar a la conclusión de que este foro es el “del lugar del daño” del art. 7.2 del Reglamento Bruselas I bis. Sin embargo, aunque pueden parecerse, no es el mismo foro, de su tenor literal ya se pueden advertir que presentan diferencias, siendo una de sus consecuencias que la doctrina jurisprudencial del TJUE sobre el art. 7.2 no pueda aplicarse de forma automática al art. 125.5 del RMUE²⁴⁴.

105. Respecto del foro del lugar de la infracción recogido en el art. 125.5 se podrían destacar cuatro aspectos:

²⁴³ Vid. al respecto, P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Competencia judicial de infracciones en línea de marcas de la Unión”, *La Ley la Unión Europea*, 2019, nº 76, p. 4.

²⁴⁴ STJUE de 5 de junio de 2014, C-360/12, *Coty Germany*, ECLI:EU:C:2014:1318, apartado 32.

- 1) Este foro opera como alternativo en relación al foro del domicilio del demandado²⁴⁵. El demandante podrá litigar para proteger su marca de la UE en base a uno (foro del lugar de la infracción) u otro (foro del domicilio del demandado) en función de la estrategia procesal internacional que desee seguir. No obstante, el demandante no podrá acumular acciones de ambos foros ante un mismo tribunal²⁴⁶.
- 2) Este foro no puede utilizarse cuando lo que se pretende es que el juez dicte una sentencia en la que se declare que no existe infracción²⁴⁷. De este modo, para este foro se aplica de forma exclusiva el art. 125.5 que excluye de forma expresa las “*acciones de declaración de inexistencia de violación de marca de la Unión*”. Por lo tanto, al art. 125.5 no se le podría aplicar lo dispuesto por el TJUE en el asunto *Folien Fisher* donde se considera que un juez competente vía art. 7.2 del Reglamento Bruselas I bis puede pronunciarse sobre acciones en las que se persigue la declaración de inexistencia de responsabilidad extracontractual²⁴⁸.
- 3) Este foro sólo permite que el tribunal se pronuncie sobre los hechos que infringen la marca que tienen lugar en su territorio (art. 126.2 RMUE)²⁴⁹. El juez competente mediante este foro no puede determinar la infracción por hechos cometidos fuera de su Estado. Esto hace que se aplique la conocida como tesis del mosaico²⁵⁰ desarrollada por el TJUE en relación al art. 7.2 del Reglamento Bruselas I bis para los ilícitos pluralizados²⁵¹. No obstante, conviene no olvidar que un juez en base a este foro también podría pronunciarse sobre la nulidad de una marca, cuya declaración como afecta a un derecho unitario, presentará efectos en el conjunto de Estados miembros²⁵².
- 4) Para determinar la competencia judicial internacional mediante este foro es irrelevante el lugar donde se produzcan los efectos de esa violación marcaria, lo importante es el lugar de los hechos que causan la violación. De este modo, este foro del art. 125.5 del RMUE no va a otorgar competencia tanto al tribunal del lugar de los hechos como al tribunal del lugar donde esa infracción marcaria produce efectos²⁵³. Esto es así porque el art. 125.5 sólo otorga competencia judicial internacional al tribunal de marca de la UE del lugar de los hechos, al tribunal del lugar del origen de la actividad²⁵⁴. La explicación es que este foro del lugar de la infracción que se recoge en el RMUE (a diferencia del Reglamento Bruselas I bis) requiere un comportamiento activo del autor de esa infracción, no siendo relevante para determinar la competencia judicial internacional el lugar donde esa infracción marcaria causa efectos²⁵⁵.

106. Un ejemplo permitiría entender mejor el funcionamiento de este foro. Una empresa con sede en Italia tiene registrada como marca de la UE un estampado como marca patrón. Este estampado está

²⁴⁵ STJUE de 5 de septiembre de 2019, C-172/18, *AMS Neve*, ECLI:EU:C:2019:674, apartados 37 y 38.

²⁴⁶ *Ibidem*, apartado 41.

²⁴⁷ En la doctrina *vid.*, P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Competencia judicial de...”, p.4; A. GARCÍA VIDAL, *Acciones civiles por...*, p. 144. En la jurisprudencia del TJUE en relación al diseño comunitario pero perfectamente aplicable a la marca de la UE *vid.*, STJUE de 13 de julio de 2017, C-433/2016, *Motoren Werke*, ECLI:EU:C:2017:550, apartado 42.

²⁴⁸ STJUE de 25 de octubre de 2012, C-133/11, *Folien Fischer*, ECLI:EU:C:2012:226, apartado 52.

²⁴⁹ P.A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado de internet*, Civitas, Madrid, 2022, p. 893.

²⁵⁰ En base a esta tesis la víctima tiene la posibilidad de reclamar una indemnización en atención al art. 7.2 del Reglamento Bruselas I bis en el Estado donde ha sufrido los daños. Dicho tribunal sólo podrá conocer en relación a los daños que han tenido lugar en ese país. Si la víctima sufre daños en diferentes países debería reclamar Estado por Estado. De ahí el nombre de “mosaico”, la litigación país por país da lugar a un mosaico. En el supuesto de que se trata de un ilícito plurilocalizado pero a la vez también de un ilícito a distancia, el perjudicado tendría dos opciones: 1) litigar ante el tribunal del Estado miembro del origen del hecho causal. La víctima podría reclamar ante dicho tribunal los daños producidos en todos los países del mundo; 2) litigar Estado miembro por Estado miembro en función de donde se ha producido el daño. Sobre este particular *vid.*, A. -L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho...*, pp. 3840-3841.

²⁵¹ Sobre esta tesis, para las sentencias más representativas del TJUE *vid.*, STJUE 7 de marzo de 1995, C-68/93, *Shevill*, ECLI:EU:C:1995:61, apartado 32; STJUE 27 de septiembre de 1988, as.189/87, *Kalfelis*, ECLI:ES:C:1988:459, apartado 21.

²⁵² A. GARCÍA VIDAL, *Acciones civiles por...*, p. 144.

²⁵³ STJUE de 5 de junio de 2014, C-360/12, *Coty Germany*, ECLI:EU:C:2014:1318, apartado 32.

²⁵⁴ P.A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado de...*, p. 887.

²⁵⁵ STJUE de 5 de junio de 2014, C-360/12, *Coty Germany*, ECLI:EU:C:2014:1318, apartado 34.

registrado como marca para la clase 25 y la empresa italiana lo usa sobre todo para bolsos y blusas. La empresa italiana se ha dado cuenta de que hay una empresa con sede en Portugal que coge sus blusas y esos estampados los recorta y los pega en otros productos de pequeña marroquinería y accesorios, comercializándolos como productos de *upcycling* y vinculando sus creaciones con la moda sostenible. La empresa portuguesa vende estos productos en España mediante una tienda física sita en Marbella. Si el titular de la marca se decidiera a interponer una demanda por infracción marcaría podría demandar a la empresa portuguesa ante tribunales españoles por concurrir el foro del art. 125.5 del RMUE. España es el lugar donde se han producido los hechos que dan lugar a la violación de la marca de la UE. El infractor ha llevado a cabo un comportamiento activo (la venta de productos derivados de *upcycling*) en el territorio español. El tribunal de marca de la UE español sólo podría pronunciarse sobre los hechos ocurridos en España, si existen más violaciones ocurridas en otros territorios europeos, el juzgador español no podría pronunciarse en virtud de este foro. El demandante debe tener presente que existe también la posibilidad de acudir al foro del domicilio del demandado, y que acudir al foro del lugar de la infracción de la marca o al foro del domicilio del demandado dependerá de la estrategia procesal que decida seguir para defender su derecho de marca.

B) La infracción de una marca de la UE mediante internet

107. En el caso de la infracción de una marca de la UE por internet se debe tener en cuenta que en atención al art. 125.5 se podría llevar a cabo una acción por infracción marcaría ante el tribunal de marca de la UE del Estado miembro donde el presunto infractor dirige la publicidad o las ofertas de venta a los consumidores de un Estado miembro y que estén disponibles en un sitio web²⁵⁶. El TJUE ha modulado esa exigencia de “actuación activa” del infractor para poder aplicar este foro del art. 125.5 en las infracciones por internet centrándose en un aspecto intermedio: el tribunal del lugar hacia donde se dirige la publicidad y oferta de los productos que venden por internet²⁵⁷. Decimos que el TJUE ha optado en su interpretación por el término medio porque exigir la mera accesibilidad a una web desde un Estado miembro considera que es una conexión insuficiente en el caso de la marca de la UE²⁵⁸ pero requerir al titular, para aplicar este foro del art. 125.5, que identifique el lugar donde el infractor toma las decisiones y medidas técnicas que dan lugar a la infracción de la marca de la UE podría resultar demasiado exigente para el titular de la marca²⁵⁹. Por lo tanto, en relación a la venta de productos en línea que presuntamente infringen una marca de la UE, los tribunales competentes en virtud del art. 125.5 RMUE serían los tribunales del Estado miembro donde se encuentren los consumidores a los que va dirigida la oferta y publicidad de una web con independencia de que el responsable de ese sitio web esté establecido en ese Estado miembro y tomo desde ese último Estado las decisiones y medidas relativas al contenido y difusión del sitio web²⁶⁰.

9. La determinación del Derecho aplicable

108. Como ya se ha venido estudiando, la marca de la UE se regula por lo dispuesto en el RMUE. Sin embargo, este instrumento legal internacional no lleva a cabo una regulación exhaustiva. Hay aspectos que quedan sin regular²⁶¹ y esto hace que sea necesario que se deba tener en cuenta una

²⁵⁶ STJUE de 5 de septiembre de 2019, C-172/18, *AMS Neve*, ECLI:EU:C:2019:674, apartado 65. En la doctrina *vid. sin carácter exhaustivo*, E. CASTELLANOS RUIZ, “Determinación de la competencia judicial internacional en materia de infracción de propiedad intelectual en internet”, en J. J. CASTELLÓ PASTOR, *Desafíos jurídicos ante la integración digital aspectos europeos e internacionales*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2021, pp. 263-285; P.A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado de...*, p. 893; A. GARCÍA VIDAL, *Acciones civiles por...*, pp. 147 a 147.

²⁵⁷ STJUE de 12 de julio de 2011, C-324/09, *L’Oreal vs. Ebay*, ECLI:EU:C:2011:474, apartado 63.

²⁵⁸ No así en el caso de la infracción de marca nacional donde el TJUE lleva a cabo una interpretación más amplia permitiendo que la mera accesibilidad al material infractor sea un criterio que atribuya competencia judicial internacional en virtud del art. 7.2 del Reglamento Bruselas I bis. *Vid. al respecto*, STJUE de 19 de abril de 2012, C-523/10, *Wintersteiger*, ECLI:EU:C:2012:220, apartado 39; STJUE de 3 de octubre de 2013, C-170/12, *Pinckney*, ECLI:EU:C:2013:635 apartado 42.

²⁵⁹ STJUE de 5 de septiembre de 2019, C-172/18, *AMS Neve*, ECLI:EU:C:2019:674, apartado 51.

²⁶⁰ *Ibidem*, apartado 65.

²⁶¹ No se recoge en el RMUE normativa relativa a sanciones, por ejemplo.

normativa que complete la regulación establecida en el RMUE. Pero conviene no olvidar que al tratarse de un derecho unitario, cuya protección y efectos son los mismos en todos los Estados miembros, la norma que determine ese derecho complementario también debe tener un alcance territorial europeo y ser aplicable en todos los Estados miembros. Así es como entra en escena el art. 8.2 del *Reglamento (CE) n.º 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales* (en adelante, Roma II)²⁶².

109. El art. 8.2 del Reglamento Roma II establece una regla específica para determinar el Derecho aplicable en relación a las infracciones que afecten a un derecho unitario como es el caso de la marca de la UE, pero también el diseño comunitario y las obtenciones vegetales²⁶³. Este precepto es una norma de conflicto universal aplicable en todos los Estados miembros con excepción de Dinamarca que persigue ofrecer una regulación complementaria a la específica que regula el derecho de propiedad industrial unitario, en el caso de la marca de la UE, el RMUE.

El punto de conexión que se recoge en el citado art. 8.2 del Reglamento Roma II es el del “país en el que se haya cometido la infracción”. Este precepto presenta dificultades para su interpretación especialmente en dos tipos de supuestos²⁶⁴: 1) infracciones que tienen lugar en internet; 2) infracciones plurilocalizadas, es decir, que se producen en varios países.

A la hora de interpretar el art. 8.2 del Reglamento Roma II varios aspectos se deben tener presentes.

El primero, tal y como ha señalado el TJUE, es que el art. 8.2 del Reglamento Roma II se interpreta de forma autónoma respecto del art. 4.1 del mismo Reglamento europeo²⁶⁵. Esto es así porque el art. 8.2 es una regla específica de la conexión general “ley del lugar del daño” que se recoge en el art. 4.1 del Reglamento Roma II²⁶⁶.

El segundo es que las violaciones de marca de la Unión suelen normalmente ser ilícitos a distancia y en los que al infractor se le reprocha más de una infracción. Que se trate de un ilícito a distancia implica que el país del origen de la infracción y el país donde se producen los daños como consecuencia de esa infracción difieran. El hecho de que se le imputen al infractor distintos usos ilícitos de la marca puede implicar que las mismas se localicen en diferentes Estados. Este escenario puede dar lugar a que diferentes leyes estatales sean llamadas a aplicarse a la infracción de una misma marca de la UE. La aplicación de varias leyes conlleva un aumento considerable de los costes del litigio (las partes deben informarse sobre el derecho extranjero, debe ser probado, etc.) lo que conlleva una menor previsibilidad jurídica.

De este modo, el TJUE ha interpretado que el “país en el que se haya cometido la infracción” (art. 8.2 Reglamento Roma II) sería el lugar en el que se pueda localizar el hecho generador del daño²⁶⁷. Es decir, el lugar en el que se ha cometido el acto que da lugar a la infracción²⁶⁸. Esta forma de interpretar el art. 8.2 permite que se ahorren costes y aumente la seguridad jurídica.

La clave es poder detectar esa infracción inicial, el origen de la misma, siendo indiferente cada actuación que se le pueda reprochar al demandado. Así, es necesario tener una visión en conjunto, y para eso, se debe tener presente la actitud global del demandado²⁶⁹.

Con el fin de facilitar la interpretación de este art. 8.2, el TJUE ha establecido unas líneas de interpretación para casos habituales. Los supuestos sobre los que se pronuncia el tribunal de Luxemburgo serían dos:

- 1) La venta por internet de productos que infringen un derecho de marca de la UE a través de una web que va dirigida a clientes situados en varios Estados europeos²⁷⁰. En este escenario,

²⁶² DOUE L 199/40, de 31 de julio de 2007.

²⁶³ STJUE de 27 de septiembre de 2017, C 24/16 y C 25/16, *Nintendo*, EU:C:2017:724, apartado 93

²⁶⁴ P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Competencia judicial de...”, p. 6.

²⁶⁵ STJUE de 27 de septiembre de 2017, C 24/16 y C 25/16, *Nintendo*, EU:C:2017:724, apartado 94.

²⁶⁶ P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Competencia judicial de...”, p. 6.

²⁶⁷ STJUE de 27 de septiembre de 2017, C 24/16 y C 25/16, *Nintendo*, EU:C:2017:724, apartado 98.

²⁶⁸ *Ibidem*.

²⁶⁹ *Idem*, apartado 103.

²⁷⁰ STJUE de 27 de septiembre de 2017, C 24/16 y C 25/16, *Nintendo*, EU:C:2017:724, apartado 107.

el TJUE considera que en atención al art. 8.2 del Reglamento Roma II “la ley del lugar del daño” es aquella que se corresponde con el Estado donde se ha iniciado el proceso de publicación de la oferta de venta por parte del operador en una web de su propiedad²⁷¹.

- 2) El transporte de productos, que infringen supuestamente un derecho de marca de la UE, por parte de un operador tercero que no es titular de la marca. Este operador transportaría esos productos a un país diferente del que está establecido. Para este tipo de supuestos, el TJUE considera que “la ley del lugar del daño” sería la del país donde se produce el acto de infracción inicial, es decir, habría que atender al origen del comportamiento reprochado²⁷².

110. Una vez se llegue a ese Derecho estatal aplicable a la infracción de marca de la UE no hay que olvidar que su posición es de complemento, se aplicará en todo aquello a lo que el RMUE no regule.

111. Un ejemplo práctico permitiría entender mejor este punto de conexión del art. 8.2 del Reglamento Roma II. Imaginemos que una empresa con sede en Dublín que fabrica y comercializa prendas de vestir y accesorios de moda por toda Europa y que es muy conocida a lo ancho y largo del mundo tiene registrada una marca de la UE figurativa en la que se puede ver como se entrelazan dos letras U. Esta empresa irlandesa se ha dado cuenta de que hay una empresa con sede en Madrid que está utilizando botones originales donde aparece la marca de la UE de la empresa irlandesa para crear joyas. La empresa española crea esas joyas en donde incorpora los botones originales de la firma irlandesa en España y las vende en un sitio web al que se puede acceder en idioma español e inglés y desde cualquier país de la UE. La empresa irlandesa se está planteando litigar ante tribunales españoles, pero tiene dudas en cuanto al derecho aplicable a esta infracción de su marca de la UE. En relación a este caso la empresa demandante debería tener presente varios aspectos: 1) El derecho de marca de la UE es un derecho unitario de propiedad industrial europeo que se regula principalmente en el RMUE; 2) Para las cuestiones relativas a la infracción de un derecho de marca de la UE no reguladas por el propio Reglamento se debe tener presente el art. 8.2 del Reglamento Roma II; 3) El Derecho aplicable en atención al punto de conexión que establece esta norma será el del Estado “del lugar del daño”. Una marca de la UE, como sucede en este caso, puede ser lesionada en diferentes Estados miembros a la vez debido a que su protección es panaeuropea. Sin embargo, la clave es detectar el lugar del daño inicial, teniendo presente la actitud del presunto infractor de forma global. En este caso que plantemos ese lugar del daño inicial sería España. Esto es así porque España se corresponde con el lugar de la creación de las joyas, el cual podría ser un factor importante en los casos de *upcycling*. No obstante, al comercializar los productos mediante internet, también hay que tener presente cuál es el Estado donde se ha iniciado el proceso de publicación de la oferta de venta por parte del operador en una web de su propiedad, pudiendo ser ese Estado España. De este modo, se podría afirmar que el derecho aplicable a esta posible infracción por *upcycling* podría ser el español.

VII. Conclusiones

112. Para concluir este trabajo consideramos que sería necesario poner de manifiesto las siguientes conclusiones:

113. Primera. El *upcycling* es una técnica actual que permite que productos usados puedan tener una segunda vida. El verdadero valor de estos productos creados mediante el *upcycling* es la creatividad de su autor. Éste mediante su imaginación y su inventiva desarrolla nuevos productos de otros ya usados cuyo destino sin esa creatividad hubiera sido acabar en la basura.

Sin embargo, algunos de los asuntos que hemos puesto de manifiesto en el presente trabajo, todos ellos desarrollados ante tribunales estadounidenses, no reflejan que lo relevante sea la creatividad sino la incorporación de marcas ajenas a productos muy simples. Por lo tanto, una de las conclusiones

²⁷¹ *Ibidem*, apartado 108.

²⁷² *Idem*, apartado 109.

a las que llegamos es que algunos de los asuntos mencionados no serían propiamente *upcycling* debido a que la creatividad que realiza su autor es nula. A nuestro parecer, no se persigue tanto la reutilización de un producto ya usado sino a un producto corriente añadirle una firma de lujo sin consentimiento del titular bajo el paraguas de la sostenibilidad. En estos casos el valor del producto “reutilizado” viene por la incorporación de parte de un producto donde aparece en mayor o menor medida la marca de una firma de moda muy conocida. De este modo, utilizar productos originales de firmas renombradas e incorporarlos a productos tan simples como una cartera, un bolso o una chaqueta vaquera no es verdaderamente *upcycling*, pudiendo afirmar incluso que estamos más ante actos de *greenwashing*. Actuaciones que incluso de considerarse *greenwashing* podrían considerarse contrarias a la competencia desleal²⁷³.

114. Segunda. En el supuesto de que haya creatividad en el producto posterior y podamos hablar de verdadero *upcycling* hay que tener presente si existe colaboración entre el titular de la firma y el que realiza el *upcycling*. Un primer paso podría ser buscar esa colaboración, ponerlo en conocimiento de la firma. No obstante, es muy probable que la firma no lo otorgue debido a que son muy reticentes (especialmente las firmas de lujo) a colaboraciones que pudieran menoscabar la imagen de la marca.

En el caso de que no exista tal colaboración se debería advertir al consumidor de la forma más clara posible, bien mediante la web en la que se ofertan los productos, bien mediante las etiquetas de los propios productos cuál es el origen de producto y qué relación hay con la marca que se incorpora. Un *disclaimer* no siempre implica que no exista infracción del derecho de marca, ya que no en todo caso evita que la confusión del consumidor, pero es un punto de partida importante en la defensa de un creador de productos mediante *upcycling*.

115. Tercera. El derecho de marca faculta al titular que pueda evitar que terceros sin su consentimiento utilicen en el tráfico económico una marca igual o similar para comercializar productos idénticos o similares a los que comercializa el titular creando riesgo de confusión o de asociación en el consumidor.

Sin embargo, este derecho no es absoluto y no todos los usos de terceros de marcas ajenas se pueden prohibir. Así, se puede afirmar como hemos estudiado, que el derecho de marca en la UE (también en otras jurisdicciones como en EE.UU.) cuenta con límites con el objetivo principalmente de proteger la libre competencia y en el caso de la UE el mercado único europeo. Uno de esos límites es el agotamiento del derecho de marca. Este principio permite que el titular no pueda oponerse a la reventa de sus productos una vez ya se han comercializado en el EEE bien por el titular de la marca o por un tercero con su consentimiento. Así, la justificación legal del *upcycling* podría quedar amparada por el agotamiento. Sin embargo, desde nuestro punto de vista, no sería así en muchos supuestos de *upcycling*. Al menos con la interpretación actual que existe del agotamiento y de sus excepciones. Como se ha analizado, el agotamiento del derecho de marca cuenta con determinadas excepciones que hacen que el titular pueda recuperar su *ius prohibendi*. Estas excepciones al agotamiento persiguen en gran medida proteger las funciones de la marca, como la función de indicación del origen, la función de calidad, de comunicación y de condensación del *goodwill*. De este modo, habría que estar al caso concreto para saber si el *upcycling* particular que analizamos una vez el derecho de marca se ha agotado hace renacer el derecho de marca.

Así, consideramos que será clave determinar si estamos ante una creación novedosa donde la marca que se utiliza es algo auxiliar, complementario, un elemento decorativo más donde verdaderamente el sentido de ese producto es reutilizar un producto usado aunque sea de una firma renombrada o si verdaderamente el objeto de ese *upcycling* es usar la marca de un tercero en productos de inferior calidad con el objetivo de vender productos que de otra forma no atraerían la atención del consumidor. Si estamos ante este segundo escenario el titular podría incluso aunque el derecho de marca esté agotado argumentar la excepción del agotamiento basada en la modificación o alteración del producto tras su comercialización alegar una infracción del derecho de marca. El apoyo a este motivo es que al

²⁷³ Sobre este particular resulta interesante el estudio publicado en esta misma revista en este número por A.MIRANDA ANGUITA, “Declaraciones ambientales, competencia desleal y patrones en la jurisprudencia comparada: a propósito del blanqueo ecológico o *greenwashing*”, *CDT*, vol. 16, n°1, 2024.

alterar el producto se está vulnerando la función esencial de la marca. El consumidor, si no hay nada que lo especifique de forma clara (un aviso en la web, un cartel en la tienda física, una advertencia en la etiqueta), no va a poder determinar qué empresa está detrás de ese producto creado por *upcycling*. De mismo modo, otro motivo que se podría utilizar el titular para hacer renacer su derecho es el daño a la imagen de marca. Ese daño podría ser consecuencia de la propia modificación que realiza el tercero al hacer el *upcycling* que quizás no va en la línea de la marca o incluso por la forma también en la que se comercializan esos productos de *upcycling* se podría alegar daño en la reputación marcaria. A la luz de toda la jurisprudencia analizada en este trabajo se puede afirmar que cuanto más conocida por el público en general sea la marca, más fácil será argumentar motivos que permiten plantear la excepción del agotamiento del derecho de marca y protegerla del *upcycling*.

116. Cuarta. Los asuntos que hemos analizado en este trabajo relativos al *upcycling* tienen dos máximas que se repiten. Una, ya la hemos mencionado, y es el uso de marcas muy reconocidas, de las consideradas “de lujo”. La otra, el elemento extranjero. De este modo, al existir un elemento extranjero debemos tener presente los aspectos estudiados en cuanto a competencia y ley para poder plantear una estrategia de litigación transfronteriza solvente en atención a los intereses del titular de la marca. Sobre este particular hay que tener varias consideraciones presentes:

- 1) La marca de la UE es un derecho unitario, con mismos efectos en todos los Estados miembros. El derecho aplicable va a ser el mismo en todos los Estados miembros porque para determinar si se vulnera una marca de la UE es necesario acudir al RMUE aplicable en todos los Estados miembros. Además, para los aspectos particulares que el RMUE no regule se deberá determinar el derecho nacional aplicable, que en el caso del derecho de marcas está armonizado en todos los Estados miembros por la Directiva 2015/2436.
- 2) Litigar en un país u otro no es lo mismo, unos tribunales europeos son más lentos que otros, en otros litigar es más caro, otros simplemente, aunque siguen la jurisprudencia del TJUE y el RMUE son menos sensibles a los matices y peculiaridades que plantea el derecho de marcas para la protección de la moda. Por eso conviene tener presente los distintos foros en el caso concreto, cómo se ordenan los mismos en el RMUE o qué relación guardan con el Reglamento Bruselas I bis para preparar la mejor estrategia procesal posible.

The limitations of Private International Law regarding the protection of unaccompanied migrant children in the European Union

As limitações do Direito internacional privado no tocante à proteção das crianças migrantes desacompanhadas na União Europeia

ALINE BELTRAME DE MOURA

Associate Professor of Federal University of Santa Catarina (UFSC), Brazil

Holder of a Jean Monnet Chair

Co-coordinator of a Jean Monnet Network Policy Debate “BRIDGE WATCH”, co-funded by Erasmus+ Programme of EU

Ph.D. in International Law from the Università degli Studi di Milano, Italy

ORCID ID: 000-0003-0867-3560

CARLA LERIN

Ph.D. candidate at Federal University of Santa Catarina (UFSC), Brazil

CNPQ scholarship recipient

ORCID ID: 0009-0005-8417-3949

Recibido: 14.12.2023 / Aceptado: 15.01.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8415

Abstract: This article aims to explore whether the rules of Private International Law (PIL) effectively safeguard the parental responsibility and protection of children, specifically addressing the protection of unaccompanied children migrating to the European Union (EU). The objective is to enhance the protection of the best interests of these minors. The study employs the inductive method, starting with the analysis of specific legislation and jurisprudence to derive a general premise as a conclusion. The research methodology involves bibliographic and documentary research. The findings reveal that, from a practical standpoint, PIL has limitations in its application, failing to fulfill its role in protecting the best interests of unaccompanied children in the EU.

Key Words: Private International Law, Unaccompanied children, Forced migration.

Resumo: O presente artigo tem por objetivo compreender se as normas de Direito Internacional Privado (DIPr), ao regularem a responsabilidade parental e a proteção de crianças, são capazes de garantir a tutela das crianças desacompanhadas que migram à União Europeia (UE) a fim de garantirem uma melhor proteção dos interesses superiores desses menores. Para tanto, utiliza-se o método indutivo, partindo da análise de legislações e jurisprudências específicas para obter como conclusão uma premissa geral e, quanto ao procedimento, evidencia-se a utilização da pesquisa bibliográfica e documental. Como resultado tem-se que o DIPr quando analisado do ponto de vista prático, revelou ter sua aplicação limitada, não sendo capaz de cumprir com seu papel de protetor dos interesses superiores das crianças desacompanhadas na UE.

Palavras Chave: Direito Internacional Privado, Crianças desacompanhadas, Migração forçada.

Summary: I. Introduction. II. The Hague Convention of 1996 and its application in relation to refugee and forced migrant children. 1. Parental Responsibility. 2. Protection Measures. III. European Regulation (EU) 2019/1111 and its Scope of Protecting Unaccompanied Children Seeking Asylum. 1. Parental Responsibility. 2. Protection Measures. IV. (In) Compatibilities Between the Hague and European Union Systems. 1. Unaccompanied Children External to the Common European Asylum System. V. Final Considerations.

I. Introduction

1. The increase in transnational private relations in the most diverse areas (commerce, services, movement of individuals), the globalized economy, which makes countries interdependent, and the universalization of human rights following the 1948 Universal Declaration of Human Rights, have made the Private International Law (PIL) crucial for resolving transnational conflicts. This happens because the PIL has a wide scope, as it is essentially formed by indirect rules that regulate the applicable domestic law, the competent court and the recognition of foreign decisions.

2. In practice, PIL refers to the law applicable in the specific case, which, in turn, will be applied by a local court aiming to resolve a conflict between individuals from different legal orders. This is done without ceasing to respect state sovereignty and preserving human rights, thus ensuing respect for the cultural diversity resulting from transnational relations.

3. This article, therefore, aims to comprehend whether PIL standards, by regulating parental responsibility and the protection of children, are capable of guaranteeing the protection of unaccompanied children who migrate to the European Union (EU) in order to ensure a better safeguarding of the best interests of these minors. To achieve this goal, the inductive method is employed, commencing with the analysis of specific legislation and jurisprudence to derive a general premise as a conclusion. Regarding the procedure, the use of bibliographic and documentary research is evident.

4. Therefore, the article first addresses PIL as a tool in the search for the realization of Human Rights, studying the positive and negative principles that guide the creation of connecting norms. Subsequently, the 1996 Hague Convention is analysed to comprehend which children are covered and what the main protection instruments provided therein are, capable of resolving issues related to parental responsibility and promoting protection measures concerning unaccompanied migrant children, vulnerable parties in need of protection.

5. Finally, to analyse how children who migrate from third countries to the European Union (EU) are protected, the article explores the legal relationship between the application of EU Regulations 2019/1111 and the 1996 Hague Convention, examining how this application occurs concerning unaccompanied children covered by the Common European Asylum System (CEAS) and those outside its scope.

II. The Hague Convention of 1996 and its application in relation to refugee and forced migrant children

6. Seeking the development and standardization of PIL norms, the Permanent Conference on Private International Law was established in The Hague. Through this conference, several Conventions on specific PIL contents were drawn up¹. In fact, the interest in protecting childhood was what led the Conference, after the Second World War, to approve, in 1958, the Convention Concerning the Recognition and Enforcement of Decisions Relating to Maintenance Obligations Towards Children, and in 1961,

¹ N. D. ARAUJO, "Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira". 6º Ed., *Revolução E-Book*, Porto Alegre, 2016.

the Convention concerning the powers of authorities and the law applicable in respect of the protection of infants (1961 Hague Convention).

7. As a consequence, over the years and with the same emphasis on the protection of children, the Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children was adopted in 1996 (1996 Hague Convention). The aforementioned Convention has 53 contracting States,² including members beyond the Hague Conference, demonstrating greater acceptance by the international community in comparison to the previous 1961 Hague Convention, discussed above.

8. Indeed, the 1996 Hague Convention marked significant progress, particularly by incorporating child protection within the scope of parental responsibility, aiming to introduce innovative solutions to international family law conflicts. Furthermore, the Convention innovated by not imposing any geographical limitation, in contrast to the 1961 Hague Convention, which only applied to children habitually resident in a Contracting State before the conflict occurred.³

9. Therefore, the 1996 Hague Convention recognizes all children up to 18 years old (article 2) as vulnerable parties in conflicts who, hence, deserve protection attention from the State. Moreover, its preamble emphasizes the principle of the best interests of the child as one of its main purposes, positioning it as a key concept in its text, thus demonstrating compliance with the Convention on the Rights of the Child.

10. Furthermore, these Conventions demonstrate similarities for other reasons. The Convention on the Rights of the Child mentions the necessity of creating agreements and Conventions that handle diverse scenarios involving families across borders.⁴ The 1996 Hague Convention serves as such an international instrument, introducing measures capable of enhancing the protection of these children. Consequently, the 1996 Hague Convention outlines its primary objectives in article 1, delineating the framework for its implementation.

11. The first two objectives are to determine the State in which the authorities will have jurisdiction to take protection measures regarding the child and their property, as well as determining the law applicable by these authorities in the exercise of their jurisdiction. Consequently, the aforementioned Convention only specifies the State Party in which the authorities will be competent to take protection measures, without defining the specific authority itself. This aspect is left to be regulated by the domestic law of the respective State Party.⁵

12. Additionally, the other objectives aim to “determine the law applicable to parental responsibility”, “provide for the recognition and enforcement of such measures of protection in all Contracting States” and, finally, “establish such co-operation between the authorities of the Contracting States”. Thus, it is noted that the first objective was inspired by the provision articulated in article 18 of the Convention on the Rights of the Child.⁶

² The term “Contracting States” refers to those in which the Convention has not yet entered into force, following the deposit of their instrument of ratification, accession, acceptance, or approval. HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, “Status Table”. 2022. Available at <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=70>.

³ P. LAGARDE. “La nouvelle convention de La Haye sur la protection des mineurs,” *Revue critique de droit international privé*, Paris, Dalloz, 1997, n° 2, 86 Ed, pp.217-402.

⁴ O. KHAZOVA. “The Significance of the HCCH 1996 Child Protection Convention in implementing the United Nations Convention on the Rights of the Child”. HCCH Approach Global Event. 19 October 2021. Available at: <https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/specialised-sections/child-protection/25-anniversary-child-protection>.

⁵ HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, “The application of the 1996 Hague Child Protection Convention to unaccompanied and separated children” In *The Seventh Meeting of the Special Commission on the Practical Operation of the 1980 Hague Child Abduction Convention and the 1996 Hague Child Protection Convention – October 2017*. Prel. Doc. N.7 of July 2017. Available at: <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=6545&dtid=57.p.08>.

⁶ P. LAGARDE, “Explanatory Report on the 1996 Hague Child Protection Convention”, n° 36. 1996. Available at: <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=6545&dtid=57.p.08>.

13. It is observed, therefore, that the 1996 Hague Convention is imperative when the subject is the protection of children in situations of international conflict, configuring itself as an PIL instrument capable of safeguarding and guaranteeing the human rights of these children. It is worth highlighting that they are guided by the right to be a child. In this sense, it is incumbent upon the child to grow up healthy, educated, and without worries, in an environment surrounded by love, happiness, and family care. This nurturing atmosphere allows them to freely develop their personality and exercise their social role with all the necessary support and assistance.⁷

14. Keeping this in mind, it is important to understand which children fall within the scope of the 1996 Hague Convention and who are protected by its provisions. To this end, the Practical Handbook on the Operation of the 1996 Hague Child Protection Convention states that:

The children who could benefit from an implementation of the 1996 Convention include, amongst others: • those who are the subject of international parental disputes over custody or access / contact; • those who are the subject of international abduction (including in those States which are not able to join the 1980 Hague Child Abduction Convention); • those who are placed abroad in alternative care arrangements which do not come within the definition of adoption and are therefore outside the scope of the 1993 Hague Intercountry Adoption Convention; • those who are the subject of cross-border trafficking and other forms of exploitation, including sexual abuse; • those who are refugees or unaccompanied minors; • those who relocate internationally with their families.⁸

15. Thus, this research will primarily focus on the aforementioned subjects, aiming to understand the protection offered by the Convention concerning migrant children⁹, especially those who migrate unaccompanied. In its article 6, paragraph 1, the Convention mentions “refugee children and children who, due to disturbances occurring in their country, are internationally displaced”. This does not imply that the Convention excludes children who migrate regularly, such as for study or tourism. However, these cases involve distinct procedures in selecting the competent forum and applicable law, as they are not in a situation of refuge or forced displacement - points that do not constitute the main objective of this work.

16. Given this, it is worth remembering that the protection of all children, without distinction, is guaranteed by the 1989 Convention on the Rights of the Child. In its article 3, paragraph 2, it prescribes that States are responsible for “ensuring the child such protection and care as is necessary for his or her well-being, taking into account the rights and duties of his or her parents, legal guardians, or other individuals legally responsible for him or her”.¹⁰ In view of this, the alignment of the 1996 Hague Convention with the Convention on the Rights of the Child, recognized as the most widely accepted Human Rights Convention globally, provides the former with significant potential for acceptance by the international community.**17.** Furthermore, when addressing the protection of refugee and forced migrant children, the 1996 Hague Convention contributes to the practical application of the provisions of the Convention on the Rights of the Child. This convention, in its article 22, emphasizes the need for states to adopt measures ensuring that children obtain refugee status, whether accompanied or not. It also underscores the state’s duty to provide adequate humanitarian assistance.

18. Nevertheless, the 1996 Hague Convention explicitly excludes from its scope of application “decisions on the right of asylum and on immigration” (article 4, paragraph J), which may appear confusing at first glance. However, this means that the Convention is not applicable to decisions on granting

www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=2943. Convention on the Rights of the Child, *United Nations*, 20 November 1989. Art.18.

⁷ Convention on the Rights of the Child, *United Nations*, 20 November 1989.

⁸ HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, “Practical Handbook on the Operation of the 1996 Hague Child Protection Convention”, The Hague, Netherlands, 2014. Available at www.hcch.net. p.11.

⁹ It is worth noting that the term “migrant” in this work is used as a generic term that encompasses refugee children and migrants, whether their movement is forced or voluntary, and whether their status is irregular or legal.

¹⁰ Convention on the Rights of the Child, *United Nations*, 20 November 1989.

asylum, as these are linked to the sovereignty of States. Nonetheless, its application remains with regard to the protection of migrant children, both accompanied or unaccompanied, even pending the decision to grant asylum,¹¹ heading in the same direction as expressed in the Convention on the Rights of the Child, guaranteeing the necessary protection for the child.

19. The same is confirmed by Lagarde, who advocates that

This last sub-paragraph of Article 4 excludes from the Convention “decisions on the right of asylum and on immigration” since these are decisions which derive from the sovereign power of States. Only decisions on these matters are excluded: in other words, the granting of asylum or of a residence permit. The protection and representation of children who are applying for asylum or for a residence permit fall, to the contrary, within the scope of the Convention.¹²

20. Hence, it is identified that the 1996 Hague Convention applies to the protection of migrant children in general, yet it delineates specific regulations for refugee and forcibly displaced children internationally. Based on this it is necessary to understand other aspects outlined by the Convention that will provide the necessary support to achieve the protection of this specific group, especially with regard to refugee and forcibly displaced children who are unaccompanied and who, due to this set of factors, are extremely vulnerable and suffer countless violations of their most basic rights. As a result, the term “parental responsibility” introduced by the Convention merits significant attention.

1. Parental Responsibility

21. Indeed, it is the responsibility of parents to provide emotional, physical, and spiritual support to their child, a role that varies depending on the culture of each people. This support constitutes something unique that cannot be easily categorized. Consequently, the child requires all this assistance and care to grow and develop in a healthy way. However, in the case of unaccompanied migrant children, this essential family environment is notably absent.

22. In instances where the nuclear family is absent, other individuals, primarily family members, are expected to assume responsibility for the child’s person and property.¹³ Nevertheless, the assumption of family responsibility by members of the same family is challenging in the context of the refuge and forced migration of unaccompanied children. Despite being a priority, the search for family reunification is not always possible. Therefore, the 1996 Hague Convention, when referring to the term “parental responsibility,” extends it to “parental authority, or any analogous relationship of authority determining the rights, powers and responsibilities of parents, guardians or other legal representatives in relation to the person or the property of the child.” (article 1, paragraph 2).

23. Hence, it is noted as a broad concept, questioned by several States, even though the Convention provides clarification itself, as it involves responsibility for the child’s person and property, as well as their legal representation. However, each State, according to its domestic legislation, has different provisions on how this responsibility can be assigned, acquired, delegated, exercised, reduced or termi-

¹¹ S. CORNELOUP, B. HEIDERHOFF, C. HONORATI, F. JAULT-SESEKE, T. KRUGER, C. RUPP, H. VAN LOON, J. VERHELLEN. “Children On the Move: A Private International Law Perspective”. *European Parliament’s Committee on Legal Affairs*. 2017. Available at: [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL_STU\(2017\)583158](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL_STU(2017)583158).

¹² P. LAGARDE. “Explanatory Report on the 1996 Hague Child Protection Convention”, n° 36. 1996. Available at: <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=2943>. Convention on the Rights of the Child, *United Nations*, 20 November 1989.

¹³ HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, “The application of the 1996 Hague Child Protection Convention to unaccompanied and separated children” In *The Seventh Meeting of the Special Commission on the Practical Operation of the 1980 Hague Child Abduction Convention and the 1996 Hague Child Protection Convention – October 2017*. Prel. Doc. N.7 of July 2017. Available at: <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=6545&dtid=57>. p.10.

nated and the 1996 Hague Convention, in its article 3(a), incorporates all these variations, expanding its scope of application.¹⁴

24. For this reason, the Convention utilizes the criterion of the child's habitual residence to determine which State will be the one in which the authorities will have jurisdiction to resolve conflicts related to loss or acquisition of parental responsibility. Consider, for instance, a hypothetical case of international abduction, where the child habitually resides in Germany with both parents and is abducted by the mother to live in France. The child's State of habitual residence before the relocation was Germany, and thus, Germany will possess jurisdiction to decide, for example, which parent will have custody (parental responsibility) of the child.

25. Therefore, generally, when parental responsibility already existed before the child moved to another state, it must remain and cannot be lost. If the child arrives in a new state accompanied by their legal guardian, the guardian's responsibility persists. However, in case of unaccompanied children, an impasse is created since the parents or guardians are not in the same state as the child, highlighting the necessity for the child's protection. Consequently, a guardian must be appointed to them, someone who can act in their interests and provide the necessary protection.¹⁵

2. Protection Measures

26. Following the same line of reasoning, the Convention provides a series of protection measures in relation to children, categorized as either of a private nature, taken by the parents, or of a public nature, undertaken by authorities. In the case of children arriving unaccompanied in a new State, as previously discussed, the responsibility must rest with the authorities.

27. Hence, upon arriving unaccompanied in a situation of forced migration or seeking refuge, the child is required to receive some immediate protection measures, which must be undertaken by the receiving State, made feasible by the 1996 Hague Convention (articles 11 to 12). Thus, administrative or judicial authorities must assume responsibility for the care of this child, registering their nationality, education, culture, language, and ethnicity. The authorities are also required to provide accommodation, education, and a safe life, protecting the child from human trafficking, sexual abuse, and violence. Furthermore, they must ensure freedom and adequate legal treatment in cases of detention.¹⁶

28. These measures are provisional and can be implemented while pursuing a permanent solution or when a long-term solution is not possible or does not align with the child's best interests. Consequently, permanent protection measures are associated with parental responsibility, encompassing the appointment of a guardian, family reunification, and placement in a family or institution.

29. In fact, the ideal outcome in most cases is family reunification. However, for refugee and forced migrant children, family reunification might take time due to a lack of information about the location of family members or documents proving kinship. Furthermore, even when located, reunion in the country of origin may not preserve the best interests of the child, as returning might expose them once

¹⁴ HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, "Practical Handbook on the Operation of the 1996 Hague Child Protection Convention", The Hague, Netherlands, 2014. Available at www.hcch.net. p. 23-24.

¹⁵ S. CORNELOUP, B. HEIDERHOFF, C. HONORATI, F. JAULT-SESEKE, T. KRUGER, C. RUPP, H. VAN LOON, J. VERHELLEN. "Children On the Move: A Private International Law Perspective". *European Parliament's Committee on Legal Affairs*. 2017. Available at: [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL_STU\(2017\)583158](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL_STU(2017)583158).

¹⁶ HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, "The application of the 1996 Hague Child Protection Convention to unaccompanied and separated children" In *The Seventh Meeting of the Special Commission on the Practical Operation of the 1980 Hague Child Abduction Convention and the 1996 Hague Child Protection Convention – October 2017*. Prel. Doc. n.7 of July 2017. Available at: <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=6545&dtid=57>. p.08.

again to the risks that led them to leave the country. Moreover, such an act would violate the principle of *non-refoulement*.¹⁷ In this case, the solution lies in family reunification in the host country, in accordance with articles 9 and 10 of the Convention on the Rights of the Child.¹⁸

30. If reuniting the family proves impossible despite exhausting all possibilities, local integration of the child may be pursued, involving placement with a foster family, institutional care, or care through *Kafala*.¹⁹ Nonetheless, this process is exceedingly time-consuming and complicated, underscoring the necessity of appointing a guardian for the child. The guardian responsibility is overseeing all aspects of the child's civil life interests and providing assistance throughout every stage of the asylum application. Additionally, the guardian plays a crucial role in assisting the child in locating their family, if it is deemed to be in their best interest.²⁰

31. Moreover, the 1996 Hague Convention also adopts a system of international cooperation (article 1, paragraph 1, and article 30), wherein each State defines a central authority responsible for fulfilling the Convention's duties and cooperating with the central authorities of other States Parties. Such system is fundamental, as it can assist in specific cases of unaccompanied children. Dialogue between central authorities is facilitated, and the authority of the child's country of habitual residence (the country where the child lived before seeking refuge) can provide information about local laws, existing protection services, and the location of family members.²¹

32. Consequently, with the adoption of these cooperation instruments, the 1996 Hague Convention has effectively implemented another provision of article 22 of the Convention on the Rights of the Child, which emphasizes that

[...] States Parties shall provide, as they consider appropriate, co-operation in any efforts by the United Nations and other competent intergovernmental organizations or non-governmental organizations co-operating with the United Nations to protect and assist such a child and to trace the parents or other members of the family of any refugee child in order to obtain information necessary for reunification with his or her family. In cases where no parents or other members of the family can be found, the child shall be accorded the same protection as any other child permanently or temporarily deprived of his or her family environment for any reason, as set forth in the present Convention.²²

¹⁷ For more details about non-refoulement principle, see: UNHCR "The 1951 Refugee Convention". Available at: <https://www.unhcr.org/about-unhcr/who-we-are/1951-refugee-convention>. "[...] non-refoulement, which asserts that a refugee should not be returned to a country where they face serious threats to their life or freedom."

¹⁸ HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, "The application of the 1996 Hague Child Protection Convention to unaccompanied and separated children" In *The Seventh Meeting of the Special Commission on the Practical Operation of the 1980 Hague Child Abduction Convention and the 1996 Hague Child Protection Convention – October 2017*. Prel. Doc. n.7 of July 2017. Available at: <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=6545&dtid=57>. p.08. COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD. "Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin." *General Comment No. 6 (2005). Thirty-ninth session 17 May – 3 June 2005*. 2005. Available at: <https://www.refworld.org/docid/42dd174b4.html>. p.21.

¹⁹ HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, "The application of the 1996 Hague Child Protection Convention to unaccompanied and separated children" In *The Seventh Meeting of the Special Commission on the Practical Operation of the 1980 Hague Child Abduction Convention and the 1996 Hague Child Protection Convention – October 2017*. Prel. Doc. N.7 of July 2017. Available at: <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=6545&dtid=57>. p.10. For more details about *Kafala*, see: HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW "Safeguarding children's rights in national and international *Kafala*", 2008. Available at: <https://assets.hcch.net/docs/c822ef12-cea4-454d-8b32-a880d0c3d67c.pdf>. "Generally known as a person's (*kafil*) commitment to voluntarily take care of the maintenance, education and protection of a child deprived of his/her family (*makfoul*)".

²⁰ S. CORNELIUS, B. HEIDERHOFF, C. HONORATI, F. JAULT-SESEKE, T. KRUGER, C. RUPP, H. VAN LOON, J. VERHELLEN. "Children On the Move: A Private International Law Perspective". *European Parliament's Committee on Legal Affairs*. 2017. Available at: [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL_STU\(2017\)583158](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL_STU(2017)583158).

²¹ HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, "The application of the 1996 Hague Child Protection Convention to unaccompanied and separated children" In *The Seventh Meeting of the Special Commission on the Practical Operation of the 1980 Hague Child Abduction Convention and the 1996 Hague Child Protection Convention – October 2017*. Prel. Doc. N.7 of July 2017. Available at: <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=6545&dtid=57>. p.10.

²² Convention on the Rights of the Child, *United Nations*, 20 November 1989.

33. In summary, it is observed that the mechanisms of the 1996 Hague Convention are essential for the protection of unaccompanied children in migratory situations, as they implement several measures designed to provide both temporary and permanent protection. As a result, it is noteworthy that within the EU, Regulation 2019/1111 draws great inspiration from the 1996 Hague Convention, establishing a comprehensive system for defining jurisdiction in cases involving parental responsibility.²³

III. European Regulation (EU) 2019/1111 and its Scope of Protecting Unaccompanied Children Seeking Asylum

34. In fact, all EU member states are parties to the 1996 Hague Convention. However, the EU also has its own rules for the conflict of laws, known as PIL rules, addressing similar matters to those covered by the Convention, as the Regulation 2003/2201,²⁴ which was revoked as of August 1, 2022, has been replaced by Regulation 2019/1111. The latter came into force on July 22, 2019, with direct application to the provisions of articles 92, 93, and 103. These articles deal with delegated acts and information that must be communicated to the European Commission, while for the remaining articles, the new regulation only became applicable on August 1, 2022.²⁵ Regulation 2019/1111 has redefined certain aspects covered by the old regulation, introducing specific changes that are relevant to the subject of this study.

35. Therefore, there are two key updates in Regulation 2019/1111 concerning Regulation 2003/2201 that are relevant to this research due to their relation to the protection of migrant children. The first update involves specifying that the new Regulation applies to all children up to 18 years of age, aligning with the provisions of the 1996 Hague Convention. This addresses a gap left by Regulation 2003/2201, which did not impose any age limit.²⁶

36. The second change pertains to the removal of recital 10, which was present in Regulation 2003/2201. This recital stated that “This Regulation is not intended to apply to matters relating [...] to decisions on the right of asylum and on immigration”. The removal of this provision demonstrates the consonance of Regulation 2019/1111 with the 1996 Hague Convention, since both do not apply to decisions on the right to asylum and immigration, but apply with regard to the protection of children in this situation.

37. indeed, the CJEU had already stated that all children must be protected by the Regulation, even those in a migration situation. This pronouncement was made by the CJEU in the judgment of case 435/06 of 2007. In paragraph 45, the court defined that concerning parental responsibility, Regulation 2003/2201 should be applied even in cases involving public law since the objective of the Regulation, as highlighted in paragraph 47 of the decision, is the equal treatment of all children. It is noteworthy that the judgment also clarifies, in paragraph 31, recital no. 5 of Regulation 2003/2201 (currently recital 7 of Regulation 2019/1111), stating that “to guarantee equal treatment of all children, the regulation covers all decisions on parental responsibility, including child protection measures.”²⁷

²³ EUROPEAN CIVIL LAW, “Comment Brussels II Regulation”, 2003. Available at: <http://www.europeancivillaw.com/content/brusselstwo033.htm>.

²⁴ 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. *Official Journal* L 338 of 23 December 2003.

²⁵ 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). *Official Journal* L 178, of 2 July 2019. Art.100.

²⁶ A. GONÇALVES, “The Recast of the Regulation on Jurisdiction, the Recognition and Enforcement of Decisions in Matrimonial Matters and the Matters of Parental Responsibility (Brussels IIb)”. *JusGov Research Paper*. n° 4, 2022. Available at <https://ssrn.com/abstract=4027566>.

²⁷ CJUE 27 November 2007, *Case C-435/06*, ECLI:EU:C:2007:714.

38. As a result, it is clear that both the old Regulation 2003/2201 and the current Regulation 2019/1111 are instruments of PIL used in matters related to parental responsibility. even when the subject pertains to Public International Law, particularly concerning unaccompanied children migrating to the EU. Given that, the protection of all children, without distinction, is ensured by the 1989 Convention on the Rights of the Child, as outlined in article 3, paragraph 2.

States Parties undertake to ensure the child such protection and care as is necessary for his or her well-being, taking into account the rights and duties of his or her parents, legal guardians, or other individuals legally responsible for him or her, and, to this end, shall take all appropriate legislative and administrative measures.²⁸

39. From this, it is evident that both Regulation 2019/1111 and the 1996 Hague Convention, grounded in the principle of the best interests of the child, must be equally applied to all children, including those in displacement. Hence, it becomes imperative to examine how the Regulation addresses parental responsibility and protection measures, particularly in the context of unaccompanied children forcibly migrating to the EU.

Parental Responsibility

40. In EU Regulation 2019/1111, parental responsibility is defined in article 2, paragraph 2, point 7, which establishes for the holder a set of rights and obligations concerning the child and their property. These rights and duties, as elucidated in Recital 18, may be attributed to the holder through a judicial decision, by virtue of full law, or by agreement in force in the Member State where the child has their habitual residence or is present. It's important to note that the criterion of presence serves as an exception, as stipulated in article 11, and is specifically applied to children in a refugee situation.

41. According to article 1, n.2 of the Regulation, parental responsibility includes

(a) rights of custody and rights of access; (b) guardianship, curatorship and similar institutions; (c) the designation and functions of any person or body having charge of the person or property of a child, or representing or assisting a child; (d) the placement of a child in institutional or foster care; (e) measures for the protection of the child relating to the administration, conservation or disposal of the property of a child.²⁹

42. In view of this, it is noted that the concept of parental responsibility introduced by Regulation 2019/1111 is broad and flexible. Despite listing the situations above as matters of parental responsibility, the list is not exhaustive and may encompass other civil matters related to parental responsibility. For instance, as seen in the *Bohez Judgment*, the CJEU addressed a case revolving around a financial penalty imposed by a Belgian Court on a custodial rights holder to ensure compliance with visitation rights. Although the financial penalty was not directly classified as a matter of parental responsibility, the CJEU understood that it was related to the protection of the child and the fulfillment of access and custody rights - matters falling under parental responsibility. for this reason, it would be covered by Regulation 2019/1111.³⁰

43. Regulation 2019/1111 also applies in civil matters involving the attribution, exercise, delegation, limitation, and termination of parental responsibility, whether exercised by an individual, institu-

²⁸ Convention on the Rights of the Child, *United Nations*, 20 November 1989. Art.18.

²⁹ 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). *Official Journal L* 178, of 2 July 2019. Art.1 n.2.

³⁰ EUROPEAN COMMISSION, DIRECTORATE-GENERAL FOR JUSTICE AND CONSUMERS, B, MUSSEVA, "Practice guide for the application of the Brussels IIb Regulation" Publications Office of the European Union, 2023. Available at: <https://data.europa.eu/doi/10.2838/426843>.

tion, or body, such as institutions dedicated to the protection of children. The term ‘civil matter’ does not have a fixed concept, its definition and scope must be autonomous in accordance with the jurisprudence of the CJEU, the principles of Regulation 2019/1111, and the principles of the national law of each Member State, as outlined in recitals 4 and 5 of the Regulation.³¹

44. Concerning unaccompanied refugee children, Regulation 2019/1111 did not introduce positive innovations, it remained consistent with the previous Regulation. In other words, it only retained the provision of the subsidiary connection criterion of presence to resolve questions about parental responsibility.³²

45. However, the Regulation introduced a limitation in its recital 25, confining its application exclusively to unaccompanied refugee children with habitual residence in a Member State before displacement. In essence, the Regulation excluded unaccompanied children in refugee situations from third countries from its scope. These children must turn to the 1996 Hague Convention to secure their right to protection.³³

46. In short, this provision does not harm children’s rights, as the Hague Convention guarantees them. Nevertheless, it underscores that the Regulation was not focused on expanding the protection offered to unaccompanied refugee children. On the contrary, regarding this specific point, the update of the Regulation proved to be innocuous and did not bring any progress in ensuring the best interests of this group of children.

Protection Measures

47. The protection measures included in the regulation fall within the scope of the term “parental responsibility”, as seen above. These measures encompass, for example, guardianship, curatorship, the designation and functions of a person or body responsible for representing or assisting the child, and placing a child in the care of an institution or a foster family, among others.

48. In fact, the protection measures mentioned above constitute the primary strategies applicable to unaccompanied refugee children. While it is recognized that preserving the family unit is in the best interest of the child, the challenge arises when dealing with unaccompanied and often undocumented migrant children. Locating their family and reuniting them with the child becomes a formidable task in such cases.

49. Therefore, upon arrival, it is crucial to promptly identify and register the status of unaccompanied children. Given their heightened vulnerability, it becomes essential to urgently appoint a guardian who can advocate for their interests and ensure their protection. To expedite this appointment process and facilitate the efficient implementation of other protection measures related to parental responsibility, both Regulation 2019/1111 and its predecessor allow for the adoption of precautionary and provisional measures (article 15 and Recitals 30 and 31 of Regulation 2019/1111).

50. in this regard, the courts of any Member State are competent to take provisional and precautionary measures if such measures are outlined in the domestic law of that Member State, and in situations

³¹ EUROPEAN COMMISSION, DIRECTORATE-GENERAL FOR JUSTICE AND CONSUMERS, B. MUSSEVA, “Practice guide for the application of the Brussels IIb Regulation” Publications Office of the European Union, 2023. Available at: <https://data.europa.eu/doi/10.2838/426843>.

³² G. BIAGIONI, L. CARPANETO, “Children under Brussels II TER Regulation” *Yearbook of Private International Law*, v. 22, (2020/2021), pp. 139-154.

³³ G. BIAGIONI, L. CARPANETO, “Children under Brussels II TER Regulation” *Yearbook of Private International Law*, v. 22, (2020/2021), pp. 139-154.

where the case demands urgent attention, regardless of whether the court has jurisdiction over the substance of the matter. Additionally, in accordance with domestic law it is conceivable that an authority specialized in child protection or social security may also possess the competence to implement provisional measures.

51. However, the CJEU³⁴ has outlined three cumulative requirements that empower the competent court to enact provisional and precautionary measures: the measure must be provisional, must be of an urgent nature, and must be taken in relation to the child who is present in the Member State that will handle the case. The last requirement establishes a territorial connection between the Member State whose court will analyse the case. There is a single exception that permits the recognition of provisional decisions in other Member States, but this pertains solely to cases of International Child Abduction (article 27, No. 5 of the Regulation and article 13 of the 1980 Hague Convention) and not to cases involving unaccompanied refugee children.

52. According to recital 30 of the Regulation, such measures are not effective in other Member States since they are linked only to the territory of the Member State that issued the decision. The measures taken must be provided by the domestic law of the Member State that conducted the proceeding, and this Member State does not have jurisdiction over the merits of the action (article 2, paragraph 1 of the Regulation). It is worth noting that these measures are temporary in nature and conclude when the competent court that will analyse the merits of the case hears it.³⁵

53. Although Member States can only take provisional and precautionary measures as provided for in their domestic law, the UN guidelines on alternative care which aim “to enhance the implementation of the Convention on the Rights of the Child and of relevant provisions of other international instruments regarding the protection and well-being of children who are deprived of parental care or who are at risk of being so”,³⁶ allows, in provisional and urgent cases, for the child to be placed in foster care, other forms of family-based or family-like care placements, and residential care, with the latter being indicated only in exceptional cases.³⁷ This is because the child needs to live in a safe family nucleus to grow healthily and with the necessary care. For this reason, the guidelines make it clear that all these measures must be taken with the child’s best interests in mind.

54. Additionally, whenever possible, the ideal is to keep the child with their relatives or families from the same community under supervision. This arrangement ensures that the child remains part of a family unit mitigating the impact of potential further separation experiences.

55. All measures must aim to meet the basic needs of children at the same standard as the community in which they live. It is worth highlighting that all provisional and precautionary measures should be taken only while the search for the child’s family is carried out, with the ultimate goal of reuniting the child with family members.³⁸

³⁴ CJUE 27 November 2007, *Case C-435/06*, ECLI:EU:C:2007:714. CJUE 9 December 2009, *Case C-403/09*, ECLI:EU:C:2009:762. CJUE 11 July 2008, *Case C-195/08*, ECLI:EU:C:2008:406. CJUE 15 July 2010, *Case C-256/09*, ECLI:EU:C:2010:437.

³⁵ 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). *Official Journal L* 178, of 2 July 2019. Art.15. n.2.

³⁶ Resolution 64/142 adopted by the General Assembly on 18 December 2009, Guidelines for Alternative Care, *United Nations General Assembly*, 24 February 2010, p. 2.

³⁷ Resolution 64/142 adopted by the General Assembly on 18 December 2009, Guidelines for Alternative Care, *United Nations General Assembly*, 24 February 2010, p. 6. Paragraph 29. “Foster care: situations where children are placed by a competent authority for the purpose of alternative care in the domestic environment of a family other than the children’s own family that has been selected, qualified, approved and supervised for providing such care; (iii) Other forms of family-based or family-like care placements; (iv) Residential care: care provided in any non-family-based group setting, such as places of safety for emergency care, transit centres in emergency situations, and all other short- and long-term residential care facilities, including group homes;”

³⁸ Resolution 64/142 adopted by the General Assembly on 18 December 2009, Guidelines for Alternative Care, *United Nations General Assembly*, 24 February 2010, p. 6.

56. Regulation 2019/1111 aligns with this direction, and its scope also extends to any type of placement of a child with someone who is not their parent, such as in “a foster home, or in institutional care, for example in an orphanage or a children’s home”.³⁹ This implies the possibility of the court, competent to hear the merits of the action, deciding to place the child in care of another EU Member State. To do so, it is necessary to obtain the consent of the authorities of the receiving country before issuing the placement order. The court that analysed the merits of the action will make the request for consent, which must include a report on the child, the reasons for the proposed placement or provision of care, the expected duration, and information on financing. It is important to highlight whether the child has contact with parents or family members, or elucidate the reasons for absence of such contact.

57. Therefore, it is understood that the Regulation provides provisional, precautionary, as well as long-term protection mechanisms, which can be applied to guarantee the best interests of unaccompanied children in a refugee situation. However, as seen above, Regulation 2019/1111 excludes from its scope unaccompanied children with habitual residence prior to displacement in a third country, not a member of the EU, who must benefit from the protection provided by the 1996 Hague Convention. Since the scope of this work aims to analyse the protection of unaccompanied refugee children offered through the PIL, it is important to explore the interactions between the main PIL instruments studied here and the Dublin III Regulation, the primary legal tool of the EU asylum system.

IV. (In) Compatibilities Between the Hague and European Union Systems

58. With the Lisbon Treaty, the EU established the best interests of the child as a political and legislative objective. Following this objective, there are the Dublin III Regulation, Regulation 2019/1111, and the 1996 Hague Convention. However, despite being based on the same principle of best interests of the child, the legislation concerning asylum and the legislation on PIL are addressed, in practice, as distinct domains within Law, leading to limited scholarly exploration of their interaction by doctrine.⁴⁰

59. Nonetheless, the acknowledgment of documents regarding the personal status of migrants, as well as the recognition of foreign certificates and decisions, immediately brings migration within the scope of PIL. For example, the protection of unaccompanied children under immigration law depends, firstly, on the information about personal status (proof of age, identification, location of possible family members). This information is acquired through the recognition of documents, certificates, or foreign decisions, which falls under PIL and only after this recognition will the Dublin III Regulation be applied. Thus, the Dublin III Regulation defines the state competent to analyse the asylum request of these children, based on information obtained from a third state and recognized by the EU.⁴¹

60. The Dublin III Regulation will have different applications according to each scenario. In the aforementioned situation, whether the child is indeed under 18 years old and unaware of the whereabouts of their parents, they will receive protection as an unaccompanied minor, distinct from that granted to accompanied children. Consequently, unaccompanied children without knowledge of their family’s location will rely on authorities to locate them. Until this occurs, the Member State in which the child

³⁹ EUROPEAN JUSTICE, Cross-border placement of a child including foster family: A child may need a new family either because he/she is an orphan or because their parents appear unfit to care for them. Available at: https://e-justice.europa.eu/38621/EN/crossborder_placement_of_a_child_including_foster_family. 2022. 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). *Official Journal* L 178, of 2 July 2019. Art.82. Recitals 83 and 84.

⁴⁰ S. CORNELIUS, B. HEIDERHOFF, C. HONORATI, F. JAULT-SESEKE, T. KRUGER, C. RUPP, H. VAN LOON, J. VERHELLEN. “Children On the Move: A Private International Law Perspective”. *European Parliament’s Committee on Legal Affairs*. 2017. Available at: [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL_STU\(2017\)583158](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL_STU(2017)583158).

⁴¹ S. CORNELIUS, B. HEIDERHOFF, C. HONORATI, F. JAULT, T. KRUGER, C. RUPP, H. VAN LOON, J. VERHELLEN. “Private International Law in a Context of Increasing International Mobility: Challenges and Potential. European Parliament’s” *Committee on Legal Affairs*. 2017. Available at [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/583157/IPOL_STU\(2017\)583157_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/583157/IPOL_STU(2017)583157_EN.pdf).

submits their first asylum application (typically the Member State of entry) will be responsible for its analysis, in accordance with article 8, paragraph 4 of the Dublin III Regulation.

61. Furthermore, in the case of multiple asylum applications in different Member States, the child should not be transferred to the initially competent Member State since it would violate their best interests. Instead, the State where they are currently situated should process their asylum request.⁴² Additionally, due to the lack of parental oversight for unaccompanied children, they will require a representative to submit the asylum request and guide them throughout the procedure. This right is guaranteed by article 6, paragraph 2 of the Dublin III Regulation.

62. It is worth noting that the 1996 Hague Convention and Regulation 2019/1111 regulate parental responsibility and provide PIL mechanisms capable of filling the gap left by the absence of the parental guardianship. As a result, this legislation establishes provisions for appointing a guardian responsible for overseeing all aspects of the unaccompanied child's interests, including their rights during the asylum application and its procedure.

63. Nevertheless, Central authorities and courts should be aware that appointing a guardian to protect the rights of the child during the asylum procedure, as outlined in the Dublin III Regulation, differs from appointing a guardian for the permanent protection of the child within the scope of civil law, as specified in Regulation 2019/1111 and the 1996 Hague Convention. This latter proves to be more comprehensive, capable of better serving the child's interests, as it covers the entire civil sphere, not solely the asylum process.⁴³

64. Another interaction between the aforementioned legislations occurs concerning the presence of the child. As previously mentioned, CEAS designates as competent, in the case of multiple asylum requests, the court in child's location to handle their asylum request. Similarly, the 1996 Hague Convention (article 6, paragraph 1) and Regulation 2019/1111 (article 11, paragraph 2) confer jurisdiction to the authorities of the state where the child is present in situation of refugee or a forced migrant. Hence, both legislations acknowledge the critical importance of the unaccompanied child's presence in preserving their best interests, accentuating the proximity and protection necessary for their well-being.

65. In this context, the case *MA, BT, DA v. Secretary of State for the Home Department* demonstrates the significance attributed by the CJEU to the physical presence of the child. In this particular situation, three migrant children, named MA, BT, and DA, submitted multiple asylum applications in different EU Member States. The first two, Eritrean nationals, initiated their initial asylum requests in Italy and later relocated to the United Kingdom, then an EU member, where they sought additional international protection. The third child, of Iraqi nationality, lodged his first request in the Netherlands and his second in the United Kingdom. All three children applied for asylum as unaccompanied minors, emphasizing that they had no family members with legal residence in the EU.⁴⁴

66. In response to this scenario, the United Kingdom contended that it did not have the competence to process such requests, arguing that the first country to receive the asylum request was competent to analyse it. Nevertheless, the children appealed the decision, leading to the suspension of the process, which was then submitted to the CJEU to seek clarification on the possibility of transferring the child to the initially competent Member State.

⁴² EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, "Children in migration in 2019". Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2020. Available at: <https://fra.europa.eu/en/publication/2020/migrant-children>. p.18.

⁴³ S. CORNELOUP, B. HEIDERHOFF, C. HONORATI, F. JAULT-SESEKE, T. KRUGER, C. RUPP, H. VAN LOON, J. VERHELLEN. "Children On the Move: A Private International Law Perspective". *European Parliament's Committee on Legal Affairs*. 2017. Available at: [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL_STU\(2017\)583158](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL_STU(2017)583158).

⁴⁴ CJUE 06 June 2013, *Case C-648/11*, ECLI:EU:C:2013:367.

67. In its decision, the CJEU understood that even when children have submitted multiple asylum requests, the Member State responsible for the analysis must be the one where the child is physically situated especially considering they are unaccompanied minors without legal family present in the EU. Therefore, it is evident that the presence of the child is crucial, not only in establishing the State responsible for processing their asylum request but also as a connecting criterion to determine the jurisdiction of the court overseeing their civil protection, particularly regarding parental responsibility. In any case, for effective interaction between the CEAS and PIL standards, national authorities responsible for the civil protection of children must cooperate with asylum and migration authorities to ensure their best interests.⁴⁵

68. In addition to the aforementioned complexities, exist certain incompatibilities between the Hague system and the EU, particularly concerning unaccompanied children migrating for reasons not covered by the 1951 United Nations Convention relating to the Status of Refugees (Convention 1951) but are still considered forced migrants. This disparity arises because the CEAS is restrictive, considering only individuals protected by the 1951 Convention as eligible candidates for asylum. An illustrative example includes children leaving their home countries due to economic or climatic reasons and, therefore, not qualifying for protection under CEAS. Furthermore, there are instances where children either do not apply for international protection or do so but receive a negative response.

69. In these scenarios, the 1996 Hague Convention and Regulation 2019/1111 continue to be applicable, unlike the Dublin III Regulation, which is only relevant for children eligible to apply for asylum or those whose asylum applications have been granted. In consequence, the Member State where the child is present retains jurisdiction to implement protective measures and address matters related of parental responsibility, in accordance with article 6, paragraph 1 of the 1996 Hague Convention and article 11, paragraph 2 of Regulation 2019/1111.

70. Children outside the scope of CEAS commonly stay on EU territory as irregular immigrants, rendering them even more vulnerable and susceptible to danger, as they cannot rely on the protection provided by CEAS.⁴⁶ Hence, PIL assumes a fundamental role, enabling the civil protection of these children in such circumstances

71. Nevertheless, for a child to receive the necessary protection through PIL instruments, it is crucial for them to be registered upon entry into the EU. Unfortunately, in most cases, this registration does not occur precisely because these children fail to meet the requirements necessary to apply for asylum, thereby falling into irregular status.⁴⁷ The scarcity of data regarding the number of unaccompanied children in the EU who are not protected by CEAS serves as evidence of this situation.

72. Having said that, a significant interconnection exists between the 1996 Hague Convention, Regulation 2019/1111, and the Dublin III Regulation, as their combined application can strengthen the protection afforded to unaccompanied children. However, uncertainties remain regarding the scope of PIL in safeguarding unaccompanied children, not only those outside the purview of CEAS but also those within its protection.

⁴⁵ S. CORNELUP, B. HEIDERHOFF, C. HONORATI, F. JAULT, T. KRUGER, C. RUPP, H. VAN LOON, J. VERHELLEN. "Private International Law in a Context of Increasing International Mobility: Challenges and Potential. European Parliament's" *Committee on Legal Affairs*. 2017. Available at [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/583157/IPOL_STU\(2017\)583157_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/583157/IPOL_STU(2017)583157_EN.pdf).

⁴⁶ I. IUSMEN, "Whose Children? Protecting Unaccompanied Migrant Children in Europe: A Case of Diffused Responsibility?" In *The International Journal of Children's Rights*. n. 28. 2020. pp. 925-949. Available at https://brill.com/view/journals/chil/28/4/article-p925_925.xml?ebody=abstract%2Fexcerpt. p. 930.

⁴⁷ EUROPEAN COMMISSION. "The protection of children in migration. Communication from the Commission to the European Parliament and the Council", Brussels, 2017. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX-%3A52017DC0211>. p.06.

1. Unaccompanied Children External to the Common European Asylum System

73. Children entering the EU often refrain from applying for asylum or face denial of their applications due to not meeting the criteria set by the CEAS. Although their migration was forced, does not align with the parameters of the 1951 Convention. Instead, it is often driven by environmental factors such as drought, soil erosion, deforestation, or economic conditions like extreme poverty, leaving individuals with no alternative but to depart their home countries and seek refuge in other regions.⁴⁸

74. In reality, the 1951 Convention exclusively addresses war refugees, thereby excluding other forms of forced migration beyond its protective scope.⁴⁹ Despite the increasing influx of environmental and economic refugees, limited action has been taken by the UN and States since there are still no binding international legal norms that extend the traditional definition of refugees outlined in the 1951 Convention.⁵⁰ In these circumstances, a considerable number of migrant children residing irregularly within the EU find themselves outside the purview of Member States' legislation, devoid of institutional protection. This lack of coverage restricts their access to education, health, and security, and further complicates efforts to regularize their status.⁵¹

75. It is noteworthy that the fourth section of the ECtHR, in the case of *Abdullahi Elmi & Aweys Abubakar v. Malta*, emphasized that, concerning minors, “with more specific reference to minors, the Court has established that it is important to bear in mind that the child’s extreme vulnerability is the decisive factor and takes precedence over considerations relating to the status of illegal immigrant”.⁵² Nonetheless, the same decision underscored the necessity for the child to express a willingness to request international protection to avail themselves of due humanitarian protection.⁵³

76. Another significant judgment illustrating the situation of irregular children, those outside CEAS, is the case of *Khan v. France*, heard by the fifth section of the ECtHR. In this case, an eleven-year-old Afghan boy left his country to seek refuge in the United Kingdom. On his journey, he joined a group of migrants and arrived at an improvised shelter in Calais, aiming to enter in England. Unfortunately, the Calais shelter was destroyed due to inhumane living conditions, leaving everyone, including the Afghan boy, homeless. Subsequently, he found himself living in even more deplorable conditions than those experienced in Calais.⁵⁴

77. He, along with three hundred other unaccompanied children, was appointed a provisional guardian to apply for asylum on their behalf. However, the court order had no practical effect, and the minor continued to live without shelter and lacked access to essential survival resources. As a result, he resorted to entering England irregularly, where he was eventually accommodated in a hostel.

78. In this case, the Court found a violation of article 3 of the European Convention on Human Rights, as the child was subjected to inhuman and degrading treatment. However, it is evident that

⁴⁸ P. G. NOSCHANG, J. F. BICA, “Mudanças climáticas e consequências humanas: os migrantes ambientais” In A. BELTRAME DE MOURA; L. DAL RI. (Org.). *Migração e Cidadania: Uma releitura de Institutos Jurídicos Clássicos a Partir do Modelo Europeu*, Itajaí, Editora Univali, v. 1, 2018, pp. 134-148.

⁴⁹ P. G. NOSCHANG, J. F. BICA, “Mudanças climáticas e consequências humanas: os migrantes ambientais” In A. BELTRAME DE MOURA; L. DAL RI. (Org.). *Migração e Cidadania: Uma releitura de Institutos Jurídicos Clássicos a Partir do Modelo Europeu*, Itajaí, Editora Univali, v. 1, 2018, pp. 134-148.

⁵⁰ T. C. F. MONT' ALVERNE, R. A. NOGUEIRA E FRACO, “Direito internacional dos refugiados e refugiados ambientais: uma breve análise da evolução dos direitos humanos”. *Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor*. Brasília, v. 3, nº 2, 2016, pp. 200-215, 2016.

⁵¹ J. BHABHA, “Child Migration and Human Rights in a Global Age”. 1Ed, Princeton: Princeton University Press, 2014. p.20.

⁵² ECtHR, *Application nos. 25794/13 & 28151/13, Abdullahi Elmi & Aweys Abubakar v. Malta*, judgement 22 November 2016, para. 103.

⁵³ For more details, see: ECtHR, *Application nos. 39472/07 and 39474/07, Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga, and Popov v. France*, judgement in 19 January 2012.

⁵⁴ ECtHR, *Application no. 12267/16, Khan v. France*, judgement 28 February 2019.

unaccompanied children face considerable difficulties in entering CEAS. As illustrated in the aforementioned case, although a child demonstrates the intention to apply for asylum and has a guardian, the necessary measures for asylum application and placement in a safe environment were not promptly executed. Therefore, it is clear that the vulnerability experienced by unaccompanied children outside CEAS is highly delicate and requires urgent attention from European authorities.

79. In instances involving unaccompanied children in irregular status, Directive No. 2008/115 applies, establishing common standards and procedures in Member States for the return of third-country nationals in irregular situation. This directive allows Member States to initiate the return of the unaccompanied child, observing protective requirements provided. These include the assistance of organizations ensuring their best interests (article 10, paragraph 1) and the return of the child to “to a member of his or her family, a nominated guardian or adequate reception facilities in the State of return” (article 10, paragraph 2).⁵⁵

80. Despite the Directive, some countries, including Belgium, Greece, Italy, Malta, Hungary, Austria, and Cyprus, have national legislation prohibiting the forced return of children due to their age.⁵⁶ Conversely, Member States such as Croatia, Finland, the Netherlands, and Sweden permit the forced return of unaccompanied children. Germany, for instance, has practiced this by transferring children to their parents or social care along the Balkan route. In contrast, France has adopted a new law that allows the return of unaccompanied children before any court decision places them under state responsibility. It is important to note, however, that many of these returns are voluntary.⁵⁷

81. According to Bhabha, the return of unaccompanied children, even when in an irregular situation in the country, could lead to ‘re-trafficking.’ since children in such circumstances often use irregular routes to migrate due to challenging conditions in their country of origin. Consequently, upon returning, they may confront the same adverse conditions that compelled them to abandon everything in pursuit of a new life. This situation may drive them to migrate once more, potentially through the same irregular routes, often controlled by migrant smugglers.⁵⁸

82. Throughout this chapter, it becomes evident that migrant children are inherently vulnerable. Unaccompanied migrant children face a double layer of vulnerability, and those who remain in the EU as irregular immigrants, without the protection of CEAS, face a triple vulnerability. This situation aligns with Bhabha’s critique of the violation of the principle of non-discrimination as stipulated in the Convention on the Rights of the Child. The EU’s differential treatment of unaccompanied children based on their coverage under CEAS could potentially violate article 2 of the Convention on the Rights of the Child.

83. Moreover, article 2 of the Convention on the Rights of the Child could also be infringed by the disparate treatment that the EU permits between national children of Member States (non-migrants) and migrant children. This distinction is evident when comparing how national children, migrant children with international protection (refugees or those with subsidiary protection), and irregular immigrant children (without international protection) are treated in terms of access to fundamental rights like education, health, and security. Additionally, another form of discriminatory practice is the potential

⁵⁵ Directive 2008/115/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals. *Official Journal*. L 348 of 24 of December 2008.

⁵⁶ S. CORNELIUS, B. HEIDERHOFF, C. HONORATI, F. JAULT-SESEKE, T. KRUGER, C. RUPP, H. VAN LOON, J. VERHELLEN. “Children On the Move: A Private International Law Perspective”. *European Parliament’s Committee on Legal Affairs*. 2017. Available at: [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL_STU\(2017\)583158](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL_STU(2017)583158).

⁵⁷ EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, “Children in migration in 2019”. Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2020. Available at: <https://fra.europa.eu/en/publication/2020/migrant-children>. p.20.

⁵⁸ J. BHABHA, “Legal obligations of States with regard to child migrant deaths and disappearances” In INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION. (Org.). *Fatal Journeys: Missing Migrant Children*. v. 4, Switzerland, International Organization for Migration, 2019. Available at <https://publications.iom.int/books/fatal-journeys-volume-4-missing-migrant-children>. p.77. J. BHABHA, “Child Migration and Human Rights in a Global Age”. 1Ed, Princeton: Princeton University Press, 2014. p.22.

detention of migrant children, regardless of their international protection status, a measure not imposed on national children.⁵⁹

84. Thus, it becomes apparent that the EU's migration policy and asylum system harbour presents substantial deficiencies, placing the well-being of unaccompanied migrant children at considerable risk. Given the vulnerability of this group, the application of PIL standards is deemed necessary, functioning as a pivotal source of protection for these children.

85. Both the 1996 Hague Convention and Regulations 2019/1111 offer immediate and temporary protection measures, along with the provision for the appointment of a guardian vested with parental responsibility over the child. Notably, these protective measures make no differentiation between children covered by CEAS and those who are not.

86. Hence, the application of the aforementioned PIL standards emerges as a potential solution to the lack of protection faced by unaccompanied children outside CEAS. Despite their importance, the documents from humanitarian organizations and the doctrine utilized in this research failed to yield any practical cases demonstrating the application of the 1996 Hague Convention and Regulations 2019/1111 in safeguarding unaccompanied children not covered by the EU's asylum policy. This leads to the conclusion that, although the significance of PIL instruments for the protection of all unaccompanied children, exists a gap between legal provisions and their practical application by the courts, as evidenced by the absence of concrete cases in this context.

V. Final Considerations

87. In summary, it is apparent that the PIL also acts as an instrument to enforce rights, as its connection criteria, principles, and exception clauses ensure a close alignment between the individual, the applicable law, and the competent court. Furthermore, in terms of migration policy, the PIL can be applied to safeguard the civil rights of children who migrate unaccompanied and forcibly. In other words, PIL theoretically possesses the capability to complement the protection offered to unaccompanied children in refugee or irregular migration situations, extending protection regardless of the child's legal status in relation to the asylum system.

88. This is more evident in the EU, where PIL has a stronger influence. In this context, the 1996 Hague Convention and Regulation 2019/1111 present the possibility of appointing a guardian to act as a parental figure for the child. They also provide protective measures that can be promptly implemented and are of a temporary nature to address the immediate needs of children, all while referencing the applicable law and the competent court.

89. As a consequence, upon entering the EU unaccompanied, children are entitled to civil protection, extending beyond the safeguards offered by CEAS. This encompassing protection applies to all refugee and internationally displaced children affected by disturbances in their home countries, even if they are considered irregular immigrants within the EU. Such protection can be implemented through immediate, temporary actions mandated by the authorities in the child's current location, as well as through permanent measures determined based on the child's habitual residence or mere presence.

90. Indeed, permanent and temporary measures are intricately tied to the definition of parental responsibility. The competent authority must evaluate, based on its determination, whether the unac-

⁵⁹ J. BHABHA, "Legal obligations of States with regard to child migrant deaths and disappearances" In INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION. (Org.). *Fatal Journeys: Missing Migrant Children*. v. 4, Switzerland, International Organization for Migration, 2019. Available at <https://publications.iom.int/books/fatal-journeys-volume-4-missing-migrant-children>. p.74.

accompanied child has a parental guardian capable of overseeing their civil interests, commonly their parents. However, the challenge emerges as children in this situation often have limited knowledge about the whereabouts of their parents, and finding a family member with legal residence in the EU, who is willing and able to assume civil responsibility for them, is a rare occurrence.

91. In such instances, in accordance with the forum's legal framework, the competent authorities typically suspend parental responsibility, previously held by a family member, and transfer it to a guardian capable of prioritizing the child's best interests. Consequently, this appointed guardian assumes the responsibility of guiding the child through the asylum application process, arranging secure shelter, providing access to education, nutritious food, physical and psychological healthcare, and aiding in the search for family members.

92. Nevertheless, as discussed throughout this article, there are numerous cases where unaccompanied children do not receive the necessary civil protection, finding themselves in shelters that fail to ensure their fundamental rights. In particular, for refugee children without a legal guardian in their company, it becomes apparent that Regulation 2019/1111 did not establish specific provisions for their protection. Instead, it delineated rules that restrict its application solely to unaccompanied children with habitual residence prior to displacement in an EU Member State. As a result, refugee children from other countries fall within the scope of the 1996 Hague Convention.

93. Hence, the overall count of children encompassed by the Regulation remains minimal, given that the majority of arrivals on EU territory are from third countries, requiring the protection offered by PIL even before establishing habitual residence in the EU. As Regulation 2019/1111 underwent recent reformulation, there was an opportunity to address the needs of unaccompanied refugee children more comprehensively. Specifically, the regulation could have included a separate chapter with specific rules for their protection, rather than persisting in categorizing them as exceptions.

94. Moreover, despite the assurance of rights for unaccompanied children from third countries under the 1996 Hague Convention, it has been observed that the practical application of this instrument is limited. In practical terms, PIL has demonstrated an inability to fulfil its role in safeguarding the best interests of children. This deficiency exposes them to more vulnerable situations, as exemplified in the case law presented throughout this article.

En busca de un marco legal para los activos digitales: Los principios Unidroit sobre activos digitales y derecho privado

Toward a legal framework for digital assets: Unidroit principles on digital assets and private law

MISERICORDIA CAVALLER VERGÉS
Doctora en Derecho Internacional Privado
Profesora ESERP Business@LawSchool
ORCID: ID: 0000-0001-8949-5537

Recibido: 07.11.2023 / Aceptado:30.11.2023

DOI: 10.20318/cdt.2024.8416

Resumen: La revolución digital está conllevando una transformación global y profunda de la economía y la sociedad. Han aparecido nuevos bienes intangibles, entre los que se encuentran los denominados activos digitales, que suponen un desafío para el legislador.

El pasado mes de septiembre de 2023 la organización Unidroit publicó unos Principios sobre activos digitales y derecho privado, que constituyen un novedoso instrumento armonizador en la materia, con la finalidad de otorgar seguridad jurídica. Este análisis es una primera aproximación a estos Principios y sus principales características. Tras abordar el concepto de activo digital, establecen un marco normativo que regula su transferencia como objeto de derechos de propiedad y de garantías reales, así como su protección en casos de insolvencia.

Palabras clave: Activos digitales, derechos de propiedad, control, ley aplicable, custodia.

Abstract: The digital revolution is leading to a profound global transformation of the economy and society. New intangible goods have appeared, among which are the so-called digital assets that represent a challenge for the legislator. Last September 2023, the Unidroit Organization published the Principles on Digital Assets and Private Law, which constitute a new harmonization instrument on this matter with the aim of providing legal certainty. This analysis is a first approach to these Principles and their main features. These Principles deal with the digital asset definition and establishes a regulatory framework to govern their transfer as an object of property and security rights, including their protection in cases of insolvency.

Keywords: Digital assets, property rights, control, applicable law, custody.

Sumario: I. Introducción. II. La regulación de los activos digitales a través de la vía armonizadora. III. Características de los Principios Unidroit sobre activos digitales y derecho privado. 1. Autoría. 2. Estructura. 3. Neutralidad y flexibilidad. 4. Compatibilidad con el sistema jurídico. IV. Ámbito de aplicación de los Principios. 1. Ámbito de aplicación personal. *Ratione personae*. 2. Ámbito de aplicación territorial. *Ratione loci*. 3. Ámbito de aplicación temporal. *Ratione temporis*. 4. Ámbito de aplicación material. *Ratione materiae*. V. El marco normativo que ofrecen los Principios Unidroit sobre activos digitales y derecho privado. 1. Los activos digitales y el tráfico jurídico. 2. La ley aplicable a los activos digitales. A) La elección de ley por las partes. B) La elección de los Principios como ley aplicable. C) La elección de la *lex fori* del estado del emisor. D) Otras opciones previstas

para la elección de ley. E) La ley aplicable a la custodia de los activos digitales. F) La ley aplicable a los activos digitales y a las garantías reales sobre los mismos en casos de insolvencia. G) El derecho procesal relativo a los bienes digitales incluida la ejecución sobre los mismos VI. Reflexiones finales.

I. Introducción

1. En el siglo XXI, el desarrollo de la tecnología ha impactado de forma acusada en la economía global, donde el comercio crece en un mercado ajeno a cualquier frontera ya sea de tipo físico, económico o jurídico. El eje sobre el que pivotan las transacciones ya no gira exclusivamente en torno a mercaderías consideradas como bienes tangibles, propias de un mundo basado en materias corporales o físicas. Cada vez son más frecuentes las operaciones comerciales que involucran bienes o mercancías intangibles, como los denominados activos digitales, que circulan por las redes en busca de eficiencia y reducción de costes. Engloban entre otros bienes el software, los datos, los tokens y la criptomoneda.

2. Actualmente, el legislador se enfrenta al desafío de regular a nivel global las transacciones relativas a bienes inmateriales en las que por primera vez en la historia todos los elementos pueden ser representados de forma virtual. La presencia de las partes en la negociación, la firma de cualquier acuerdo, el objeto, el contenido del texto de la transacción, los documentos que lo acompañan, la contraprestación económica y demás aspectos se pueden realizar de forma digital.

No obstante, y pese al carácter virtual de los distintos factores, no hay que olvidar que detrás de la tecnología se encuentran las personas, ya sean físicas o jurídicas, las partes con derechos y sus inherentes obligaciones que realizan las transacciones guiadas por el ánimo de lucro.

3. La tecnología en constante evolución impone un ritmo frenético que contrasta y choca de forma frontal y clara con la lentitud tradicional del legislador. Los tiempos de la tecnología, regida por la inmediatez, -todo en tiempo real-, parecen incompatibles con los períodos de tiempo que exige la preparación de la legislación. Nos encontramos ante tempos que no coinciden, pero que es necesario hacer converger.

4. En este contexto, marcado por la tecnología disruptiva, resulta imprescindible delimitar un marco normativo transfronterizo necesario para las partes implicadas en la actividad económica que otorgue seguridad jurídica, a fin de permitir el crecimiento y la innovación.

II. La regulación de los activos digitales a través de la vía armonizadora

5. Ante la ausencia de una legislación uniforme a nivel global, las normativas nacionales abordan la regulación del flujo transnacional de estos activos digitales de diferentes formas dependiendo de la consideración jurídica que otorgan a dichos activos, ya sea como objeto de propiedad, forma de pago, o como instrumento financiero.

6. Algunos estados han creado nuevas leyes como es el caso de Malta, Rusia o Liechtenstein¹ que, recientemente, de forma pionera, han regulado esta materia, mientras que otros proceden a enmendar la legislación vigente nacional, como es el caso de Japón, o Suiza². Por su parte, la Unión Europea ha

¹ Ley sobre Tokens y entidades que prestan servicios basados en tecnologías fiables (TVT), de 3 de octubre de 2019, también conocida como Ley Blockchain, accesible en: <https://www.loc.gov/law/foreignnews/article/liechtenstein-parliament-adopts-blockchain-act/>

Malta Digital Innovation Authority Act, 2018, accesible en: <https://legislation.mt/eli/cap/591/eng/pdf>

Rusia adoptó el 31 de julio de 2020 la ley federal 259-FZ, “*On digital Financial Assets, Digital Currency and on Amendments to Certain legislative Acts of the Russian Federation*”, accesible en: <https://cis-legislation.com/document.fwx?rgn=126432>

² Japan Payment Services Act (PSA) de 2019, enmendado en junio 2022 y Financial Instruments and Exchange Act (FIEA) de 3 de junio de 2019, accesibles en: <https://www.mofo.com/resources/insights/190409-japanese-crypto-assets.html>

Swiss Federal law to Developments on Distributed Ledger Technology (DLT), en vigor en febrero 2021, accesible en: <https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/60601.pdf>

invertido grandes esfuerzos en la preparación del Reglamento 2023/114 de Mercados de Cripto activos³ que supone un punto de partida en la regulación de estos activos.

En el ámbito del sistema jurídico del *Common law*, Estados Unidos enmendó en julio 2022 el Uniform Commercial Code⁴ y dictó, el pasado 9 de marzo de 2022, la orden 1407 encaminada al desarrollo responsable de los activos digitales⁵, mientras que otros estados, como el Reino Unido, han utilizado principalmente la vía jurisprudencial para adaptarse a la nueva problemática.

7. Por otro lado, la complejidad del mundo actual conlleva un sistema normativo cada vez más descentralizado⁶ que propicia la creación de instrumentos armonizadores y establece un estrecho grado de colaboración entre la normativa de origen estatal, y otra de distinto origen, de carácter informal.

8. Actualmente están proliferando diversas iniciativas e instrumentos que, de forma pacífica, coexisten con el sistema tradicional de fuentes del derecho. Entre ellas destacan los recientemente publicados Principios sobre activos digitales y derecho privado elaborados por el Instituto Internacional para la unificación del derecho privado⁷, en adelante Unidroit⁸, organización intergubernamental⁹ que se ocupa de preparar instrumentos que facilitan la armonización del Derecho internacional privado.

III. Características de los principios Unidroit sobre activos digitales y derecho privado

9. Los Principios Unidroit sobre activos digitales y derecho privado, en adelante los Principios, constituyen, según sus redactores, un intento de crear a nivel mundial unos estándares relativos a la propiedad de los activos digitales¹⁰. Presentan rasgos comunes con otros instrumentos también denominados con el concepto vago de Principios, ya sea los redactados por la misma organización¹¹ o bien por otras organizaciones como la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado¹².

1. Autoría

10. Estos Principios no son instrumentos que provienen del poder legislativo. No son normas jurídicas y, consecuentemente, no son vinculantes, ni tienen carácter coercitivo. No son tampoco fruto de

³ La modificación de la Directiva (UE) 2019/1937 para incluir los mercados de criptoactivos se ha convertido en el Reglamento (UE) 2023/1114 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo de 2023, relativo a los mercados de cripto activos y por el que se modifican los Reglamentos (UE) 1093/2010 y (UE) 1095/2010 y las Directivas 2013/36/UE y (UE) 2019/1937, conocido como Reglamento MiCA por sus siglas en inglés: Markets in crypto Assets que entrará en vigor el 30 de diciembre de 2024.

⁴ Uniform Commercial Code norteamericano fue enmendado el 21 de julio de 2022.

⁵ “Executive order on ensuring responsible developments of digital assets” accesible en: <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2022/03/09/executive-order-on-ensuring-responsible-development-of-digital-assets/>

⁶ M. DUBOVEC, “Toward Decentralized Commercial Law for Digital Assets”, *North western Journal of technology and intellectual property*, Volume 19, Issue 3,4-2022, Abril 2022, p 286.

⁷ Institut International pour l’unification du droit privé (Unidroit) está formado en la actualidad por 65 estados miembros. Unidroit web-site (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2023).

Unidroit Principles on digital assets and private law, publicados en septiembre 2023, accesibles en: <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2023/09/Principles-on-Digital-Assets-and-Private-Law.pdf>

⁸ De conformidad con el artículo primero de su estatuto orgánico, la organización Unidroit tiene como objetivo estudiar diferentes formas de armonizar y coordinar el derecho privado y con esta finalidad elabora instrumentos de derecho uniforme, principios y reglas.

⁹ Fue considerado como foro idóneo en los trabajos preparatorios iniciales, tal como indicó Monica Pauknerová (Universidad Charles, Republica Checa) miembro del Governing Council de Unidroit, Chair of the Steering Committee on Digital Assets and Private Law, párrafo 267, Report Unidroit 2019, CD 98 (17), Governing Council Unidroit, 98th session, 8-10 mayo 2019.

¹⁰ El Prólogo de los Principios Unidroit sobre activos digitales y derecho de propiedad textualmente establece: “*an original attempt at creating -not merely identifying - an international standard on the proprietary aspects of digital assets*”.

¹¹ Los Principios Unidroit sobre contratos comerciales Internacionales 1994, revisados en 2004, 2010 y 2016.

¹² Principios de La Haya sobre la elección del derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales de 19 de marzo de 2015 accesibles en: <https://assets.hcch.net/docs/21356f80-f371-4769-af20-a5e7064654b.pdf>

la autorregulación como ocurre con la denominada “*lex cryptographia*” considerada como “*el conjunto de normas que operan a través de contratos inteligentes autoejecutables y organizaciones autónomas descentralizadas*”¹³.

11. Su autoría corresponde a una obra colectiva de origen académico, auspiciada por una organización internacional intergubernamental, Unidroit, que constituye un foro idóneo que representa distintas posiciones jurídicas, políticas y económicas. Todo y ser una obra colectiva, tiene autores conocidos, prestigiosos profesores universitarios, expertos en derecho de propiedad, la tecnología numérica y operaciones garantizadas, de diverso origen. Son, por tanto, reglas que tienen un matiz académico, pudiendo ser calificadas como *Droit savant*. El grupo de trabajo, dirigido por el profesor japonés Hideki Kanda¹⁴, comprende quince miembros que son expertos juristas provenientes de distintas tradiciones jurídicas, observadores internacionales e individuales¹⁵. Sin embargo, es preciso constatar que, todo y que sus autores no actúan en nombre de ningún estado, ni representan a ningún sistema jurídico concreto, el grupo de trabajo no recoge las sensibilidades de algunos estados del sistema de Derecho civil¹⁶ y está fuertemente influenciado por la tradición legal del *Common law*¹⁷.

2. Estructura

12. Los Principios están compuestos por una introducción y agrupados en siete secciones formadas por diecinueve Principios acompañados de sus correspondientes comentarios. De esta forma, constituye una guía interpretativa provista de ejemplos e ilustraciones con la finalidad de facilitar su uso.

13. Sus orígenes se remontan a la propuesta, de 2015, del ministerio de justicia húngaro, pero los trabajos preparatorios no se iniciaron hasta septiembre de 2020, prolongándose hasta su aprobación el pasado mes de mayo 2023. La preparación de los Principios ha incluido nueve reuniones de trabajo, dos consultas al comité de dirección de derecho privado y activos digitales, en las que han participado representantes de diversos estados¹⁸, y una consulta pública¹⁹ en busca de consenso, fomentando el carácter participativo y práctico de los Principios. A diferencia de otros instrumentos jurídicos provenientes de organizaciones internacionales privadas, en este caso los trabajos preparatorios, comentarios y borradores son públicos.

3. Carácter neutro y flexible

14. Los Principios establecen de forma expresa su voluntad de tener un carácter neutro. Esta neutralidad pretende hacerse efectiva en tres ámbitos. En primer lugar, pretenden ser neutros a nivel

¹³ A.M. LÓPEZ RODRÍGUEZ, “Ley aplicable a los smart contracts y lex cryptographia”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, (marzo 2021), Vol. 13, Nº1, p. 448 y 449.

¹⁴ WRIGHT/ P. DE FILIPPI, “Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia”, *Social Science Research*, 10 de marzo de 2015, p. 4, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2580664>.

¹⁴ Profesor japonés, experto en derecho mercantil, bancario y bursátil que dirige un grupo de trabajo comprende catorce profesores.

¹⁵ Incluye veintidós observadores de organizaciones internacionales y veintidós observadores individuales entre grandes expertos juristas como Sir Roy Goode.

¹⁶ Comentario 17, p.9 y Comentario 20, p.1 contenidos en UNIDROIT, *Digital Assets and Private law project*, Study LXXXII. W.G.8-Doc.-4-Public-Consultation-Comments-with-Annexes-1.pdf

Accesible en: <https://www.unidroit.org/work-in-progress/digital-assets-and-private->

¹⁷ El grupo de trabajo está formado por nueve representantes del sistema del *Common law* (cuatro norteamericanos, dos australianos, dos ingleses y un sudafricano) frente a cinco representantes del Derecho civil (un holandés, un suizo, dos alemanes, un representante chino y un japonés).

¹⁸ Estados entre los que se encuentran Uruguay, Turquía, Argentina, Irán, Chile, Italia o España. Study LXXXII-W.G.6-Doc 3 y Study LXXXII-W.G.7-Doc 3, 2022, accesible en: <https://www.unidroit.org/work-in-progress/digital-assets-and-private->

¹⁹ Consulta abierta a organizaciones, expertos, profesores que recogió comentarios de todos los interesados en la materia agrupados en 44 grupos que incluían 341 comentarios individuales.

tecnológico, y siguiendo el concepto amplio de activo digital que establece ser aplicable independientemente del tipo de tecnología que se utilice. Por este motivo no se decanta por ninguna tecnología, a diferencia de lo que ocurre con otros textos legislativos como el recientemente aprobado Reglamento (UE) 2023/1114 de Cripto activos de 31 de mayo de 2023²⁰.

También pretenden ser neutros respecto a los distintos sistemas jurídicos a fin de poder ser utilizado a nivel global. El vocabulario de los Principios refleja esa neutralidad y carácter funcional, alejándose tanto de terminología propiamente jurídica²¹, (evitando vocablos como la propiedad o posesión²²), como de conceptos propios de un determinado sistema jurídico²³.

Finalmente, pretenden ser neutros a nivel organizativo permitiendo su inclusión en el contenido de normas específicas sobre la materia o en normas generales de derecho privado tras su debida adaptación a las características de los activos digitales.

15. A diferencia de otros Principios, éstos revisten un carácter pionero e innovador al cubrir un área todavía no regulada de forma holística a nivel global y que presenta especial dificultad para otros instrumentos propios del legislador. La naturaleza de los activos digitales y sus cambios constantes hacen imprescindibles unos instrumentos normativos especialmente flexibles, de carácter abierto a la innovación y de fácil adaptación. De esta forma, los Principios pretenden, de forma ambiciosa, englobar futuros activos digitales todavía no creados y, por tanto, desconocidos a fecha de hoy, pero que sin duda aparecerán en un futuro.

4. Compatibilidad con el sistema jurídico

16. Estos Principios son compatibles con todos los sistemas jurídicos. No son una creación *ex novo*, sino que realizan un estudio de derecho comparado sobre la escasa legislación vigente sobre la materia, tanto de ámbito nacional, -como la ley Blockchain de Liechtenstein-, como en el internacional, haciendo referencia a la Convención Unidroit sobre las normas de derecho material aplicable a los valores intermediados hecho en Ginebra el 9 de octubre de 2009²⁴.

17. Constituyen un instrumento que no se encuentra aislado, sino que coexiste y está relacionado con otros proyectos realizados por la misma organización Unidroit²⁵, por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional, en adelante (CNUDMI), en el ámbito de la identificación y clasificación de los activos digitales²⁶ e insolvencia²⁷ y con la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado en el ámbito del derecho aplicable²⁸.

18. A diferencia de los Principios sobre contratos comerciales que realizó Unidroit, en estos no se aborda de forma directa y clara su naturaleza jurídica, aunque es indudable que versan sobre cues-

²⁰ El artículo 3.5 define de forma expresa un cripto activo como “una representación digital de valor o derechos que puede transferirse o almacenarse electrónicamente, mediante la tecnología de registro descentralizado o una tecnología similar”.

²¹ Principio 6 en que se utiliza el término “tener habilidad” en lugar de “estar bajo el poder de”.

²² Comentario del Principio 13, apartado 2.

²³ Comentario del Principio 11, apartado 5.

²⁴ Convención que todavía no ha entrado en vigor.

²⁵ Guía legislativa de Unidroit sobre valores intermediados de 10 de mayo 2017, accesible en: <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/legislative-guide-spanish.pdf>.

²⁶ Ley modelo CNUDMI sobre documentos transmisibles electrónicos de 13 de julio de 2017 accesible en: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/mletr_ebook_s.pdf y Ley modelo CNUDMI sobre garantías mobiliarias 2016, accesible en: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/19-08782_s_ebook_0.pdf.

²⁷ Guía legislativa CNUDMI sobre el régimen de insolvencia cuya primera y segunda parte data de 25 de junio de 2004, tercera 1 de julio de 2010, cuarta de 18 de julio de 2013 y cuya quinta y última parte data de julio 2021, accesible en: https://uncitral.un.org/es/texts/insolvency/legislativeguides/insolvency_law

²⁸ Propuesta Proyecto conjunto HCCH-Unidroit sobre ley aplicable a las tenencias y transferencias transfronterizas de activos digitales y Tokens aprobado el 3 de enero de 2023, accesible en: <https://assets.hcch.net/docs/a91fd233-acf7-4c42-9aad-a426c4565068.pdf>

ciones jurídicas²⁹ al regular aspectos como la disposición y transferencia de los activos digitales, y los derechos reales de garantía sobre los mismos.

19. No obstante, su denominación como Principios ya indica que sus autores lo consideran como un componente de las fuentes informales del ordenamiento jurídico, constitutivo del *soft law*, denominado en francés *droit souple* con una apariencia de *droit mou*. Constituye un instrumento de derecho blando, de carácter flexible que no pretende sustituir a las fuentes formales del ordenamiento jurídico. En este sentido, el propio texto ya indica su ambición de servir de guía a los legisladores nacionales, constituyéndose en precursor de la legislación propiamente dicha, la denominada *hard law*, ofreciéndole unas pautas de carácter general. El legislador nacional puede implementar estos Principios en la forma que crea más adecuada, ya sea en sus normas generales sobre derecho privado, o en sus leyes específicas, siempre y cuando respeten el ámbito de aplicación material de los mismos.

Los Principios, de esta forma aspiran, tras su incorporación en la legislación, a formar parte integrante de la misma, convirtiéndose en normas de obligado cumplimiento con carácter coercitivo. Una vez adoptados por un estado, de conformidad con el contenido del Principio tercero apartado segundo, los citados Principios deben prevalecer sobre las leyes estatales en los casos en que entren en conflicto.

IV. Ámbito de aplicación de los principios

1. Ámbito de aplicación personal. *Ratione personae*

20. Los Principios, de conformidad con su introducción, van dirigidos a cualquier persona involucrada en transacciones con activos digitales, englobando a legisladores estatales, responsables de la resolución de conflictos, es decir jueces y árbitros, expertos juristas, usuarios, tanto profesionales del comercio (B2B), comerciantes y consumidores (B2C). como consumidores. Del texto de los Principios no se contemplan exclusiones que afecten al ámbito de aplicación de carácter personal.

2. Ámbito de aplicación territorial. *Ratione loci*

21. La aplicación de los Principios no presenta limitaciones de carácter geográfico, acorde con las características propias de los activos digitales que no están arraigados en ningún territorio predeterminado. Su ubicación suele ser difícil de precisar y la persona que tiene el control sobre los mismos puede transferirlos de forma fácil y rápida³⁰. En consecuencia, los Principios no tienen un ámbito de aplicación espacial predeterminado, al producirse transacciones entre personas provenientes de diversos estados, en un ámbito global que es intrínsecamente transfronterizo. Sin embargo, no se descarta de forma expresa su posible utilización en el ámbito nacional una vez elegidos como ley aplicable por las partes. Por tanto, los Principios se pueden aplicar en cualquier parte del mundo, con carácter universal.

3. Ámbito de aplicación temporal. *Ratione temporis*

22. Los Principios fueron aprobados en la sesión Consejo de gobierno de Unidroit realizada el día 10 de mayo de 2023 y posteriormente publicados el pasado mes de septiembre de 2023. De su texto se desprende que, desde su publicación, los Principios se podrán aplicar de forma facultativa por sus destinatarios siempre y cuando expresamente los elijan como ley aplicable en sus transacciones. No obstante, los Principios aconsejan que su aplicación vaya precedida de un período transitorio. Por

²⁹ Principio 5.2 (a).

³⁰ Comentario del Principio 18.6.

consiguiente, desde su publicación el ámbito de aplicación temporal de los Principios es de carácter indefinido, respetando en todo caso las transacciones existentes sobre activos digitales.

4. Ámbito de aplicación material. *Ratione materiae*

23. El ámbito de aplicación material de estos Principios, al igual que el de la mayoría de los restantes Principios, es marcadamente incompleto en todo aquello que regula. Es un instrumento que no tiene carácter exhaustivo, versando única y exclusivamente sobre un subconjunto de activos digitales y sus implicaciones en derecho privado, excluyendo de forma expresa el ámbito del derecho público. La introducción de los Principios³¹ así como los comentarios de su texto, expresamente mencionan exclusiones, siendo la principal la del ámbito de la jurisdicción³², los derechos de propiedad industrial o intelectual sobre el bien digital o la protección del consumidor, aunque existen muchas otras, como la herencia de los activos digitales.

24. Aunque inicialmente el proyecto de los Principios incluía el objetivo de establecer una taxonomía y clasificación sistematizada de los bienes digitales de carácter universal³³, atendiendo a criterios de funcionalidad y neutralidad se ha limitado a ofrecer una terminología simple pero concisa, propia de la economía digital -que proviene de la tecnología-, no del ámbito legal.

25. Atendiendo a su etimología³⁴, los activos digitales (traducidos por Unidroit en francés como activos numéricos -*actifs numériques*-) son unos bienes muebles, fruto del desarrollo tecnológico, representados por una expresión numérica con carácter patrimonial y susceptibles de apropiación. En líneas generales, abarcan un ámbito de aplicación muy amplio, englobando tanto bienes fungibles (las criptomonedas) como no fungibles (los tokens digitales)³⁵.

26. Pese a la dificultad que conlleva, uno de los logros de los Principios es que abordan la definición del complejo concepto de activo digital. Caracterizan el activo digital, como un registro electrónico -entendido como información³⁶ recuperable que se almacena en un medio electrónico- dotado de valor económico y susceptible de ser objeto de control. Este concepto incluye distintos aspectos que deben ser analizados. El primero de ellos es que engloba un bien inmaterial, información, contenida en un medio electrónico. Es un punto de partida amplio acorde con la legislación existente en diversos estados que incluye diversas tecnologías. El segundo elemento comporta una nueva forma de concebir el valor económico. El valor ya no se encuentra exclusivamente en los bienes físicos, sino que abarca los intangibles y a menudo su valor reside en que son activos irremplazables. Finalmente, a diferencia de la normativa de otros estados del Derecho civil³⁷, el concepto no gira en torno a la identificación de su titular, sino que se centra en que el bien o activo sea susceptible de ser objeto de “control”.

³¹ Apartado 0.10 de la introducción.

³² Comentario del Principio 5, apartado 5.3.

³³ Unidroit Principles on Digital Assets and Private law, Background. Study LXXXII: *Unidroit exploratory workshop on digital assets and private law. Digital assets: A legal Taxonomy and Challenges to Private Law*, 30 de septiembre de 2020 y posteriormente concretada en: *Juridical taxonomy*.

³⁴ Un activo, que proviene del término latín “*activus*” constituye un conjunto de bienes o derechos con valor monetario que son propiedad de una persona, una empresa o institución. De esta definición podemos extraer dos características, su carácter patrimonial y la susceptibilidad de apropiación. Por otra parte, el término digital proviene del latín “*digitus*” que significa dedo y se asocia a número dígito, símbolo que describe una cantidad. De dicho concepto deriva su acepción como dispositivo o sistema que crea, transporta, almacena o suministra información mediante una expresión numérica. En definitiva, podemos considerar los activos digitales como la conversión de unos bienes intangibles producto del desarrollo tecnológico dotados de valor económico en una representación numérica.

³⁵ Un token no fungible, cuyas siglas en inglés que corresponden a Non-fungible Token (NFT). Son códigos numéricos con un registro de transferencia digital que garantizan la autenticidad a sus propietarios que se acuñan por un sistema denominado “*mint*”.

³⁶ Sentencia de England and Wales Court of Appeal (Civil Division) de 19 de julio de 2013, caso *Fairstar Heavy Transport v. Adkins & Anor*; A1/2012/3063, EWCA Civ 886, accesible en: <https://vlex.co.uk/vid/fairstar-heavy-transport-nv-793805641>

³⁷ La ley francesa 2019/486 de 22 de mayo de 2019 sobre el crecimiento y la transformación de las empresas (denominada también *Loi Pacte*), introduce un nuevo artículo L54-10-1 en el código monetario y financiero francés que, aunque no define

27. El concepto de “control”, contemplado en el Principio sexto, reviste especial relevancia y no es sinónimo de titularidad jurídica, de propiedad. Claramente inspirado³⁸ en el Uniform Commercial Code norteamericano³⁹, los Principios, siguiendo la filosofía del Tribunal de Luxemburgo en su sentencia de 10 de noviembre de 2016⁴⁰, utilizan el término “control” como concepto autónomo, como “*equivalente funcional de posesión*”⁴¹, más neutro y alejado de cualquier sistema legal, a fin de que refleje los distintos conceptos que existen de posesión en los estados miembros de la Unión Europea. El “control” otorga una presunción de legítima tenencia de los activos digitales y otorga confianza a los usuarios. De esta forma se distingue de la expresión “*obra en poder*” utilizada en la Directiva 2002/47 CE del Parlamento y del Consejo de 6 de junio de 2002 sobre acuerdos de garantía financiera⁴² que se identifica con un término propiamente jurídico. En definitiva, el término “control” no es legal, sino fáctico y deriva de la relevancia económica de los propios activos.

28. Los Principios contemplan que el control se desprende directamente de la capacidad para obtener el beneficio substancial del activo (en exclusiva o no) y de la capacidad de modificar los datos del registro electrónico o de transferir el activo. La persona que controla el activo, identificada como tal por medios razonables en el mismo activo, ya sea a través de su protocolo o sistema, puede tener intención de compartirlo ya sea por motivos de conveniencia o seguridad entre otros. Un cambio de control significa transferir esas habilidades e incluye el reemplazo, modificación, cancelación o eliminación del activo digital. Así pues, los Principios contemplan dos aspectos del control, uno negativo, que supone excluir el control de terceras personas, y otro positivo, que otorga la capacidad en exclusiva de obtener el beneficio del activo digital, lo cual constituye un aspecto inherente al derecho de propiedad, considerado el derecho real más pleno. Ambos aspectos facilitan las transacciones de los activos digitales.

29. El Principio segundo ofrece asimismo diversos ejemplos que ayudan a ilustrar qué bienes consideran los Principios como activo digital. Una criptomoneda en una cadena pública de Blockchain, como el bitcoin, es un activo digital, mientras que, en líneas generales, una página de las redes sociales con contraseña de acceso no es considerada un activo digital ya que el usuario no tiene el control de la misma en el sentido establecido en el Principio sexto.

El control del activo digital constituye en estos Principios la piedra angular que permite delimitar su concepto y, a la vez, es el elemento que otorgará la capacidad para actuar sobre el mismo.

V. El marco normativo que ofrecen los principios Unidroit sobre activos digitales y derecho privado

1. Los activos digitales y el tráfico jurídico

30. Tradicionalmente, la regulación del derecho de propiedad era un ámbito reservado al derecho nacional de cada estado, excluido de forma expresa de los distintos Convenios o instrumentos normativos de carácter internacional⁴³. Actualmente, la revolución tecnológica y las necesidades del tráfico de

propiamente los activos digitales, enumera los activos que pueden considerarse como tales excluyendo los instrumentos financieros. Entre otros, en su apartado tercero establece : “*tout bien incorporel représentant, sous forme numérique, un ou plusieurs droits pouvant être émis, inscrits, conservés ou transférés au moyen d’un dispositif d’enregistrement partage permettant d’identifier, directement ou indirectement, le propriétaire dudit bien*”.

³⁸ Unidroit Study LXXXII-W.G. 2- Doc. 3, abril 2021, párrafo 14, p.5.

³⁹ Artículo 8 y 12 del Uniform Commercial Code enmendado en julio 2022.

⁴⁰ Apartados 43 y 44 de la sentencia de 10 de noviembre de 2016, C-156/15 del TJUE (Sala 4), *Private Equity Insurance Group SIA v Swedbank AS*, ECLI:EU:C:2016:851.

⁴¹ Artículo 11 de la Ley Modelo de CNUDMI sobre Documentos Transmisibles Electrónicos de 13 de julio de 2017. Study LXXXII WG6, Doc 3, 2022, *Issues paper*, párrafo 2, p. 37.

⁴² Apartado segundo del artículo 2 de la citada Directiva.

⁴³ La Convención de Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías hecho en Viena el 11 de abril de 1980 o los recientes *Incoterms® 2020* de la Cámara de Comercio Internacional resultan ilustrativos en esta materia.

la economía globalizada requieren una normativa que considere los derechos de propiedad en un ámbito transfronterizo, tanto en la vertiente teórica como en los aspectos prácticos que derivan de los mismos.

31. Estos Principios, a diferencia de otros instrumentos⁴⁴ similares, abordan de forma clara y directa la posibilidad de que los activos digitales, como bienes muebles inmateriales, sean susceptibles de apropiación y de derecho de propiedad. Sin embargo, no inciden en la consideración de dichos activos como instrumentos financieros o medio de pago.

32. Un activo digital, tal como está definido en estos Principios, equiparado de forma funcional a un bien tangible, se convierte en un objeto de negociación y tráfico jurídico⁴⁵, susceptible de derecho de propiedad, independientemente de si es considerado o no como propiedad según el derecho nacional correspondiente. De alguna forma, reconociendo el derecho de propiedad de los activos digitales, los Principios reflejan la abundante jurisprudencia existente a nivel internacional sobre la materia, especialmente en el ámbito de las criptomonedas. Entre dichas resoluciones judiciales, destaca la pionera sentencia en esta materia del Tribunal del Distrito de Tokio de 5 de agosto de 2015 sobre el caso *MtGox*⁴⁶ que abordó la naturaleza jurídica de un bitcoin en el ámbito civil japonés que solo reconocía los bienes tangibles. Recientemente, se ha pronunciado sobre la materia la resolución judicial proveniente del High Court de Nueva Zelanda en el caso *Ruscoe v Cryptopia Ltd* (en liquidación)⁴⁷ de 8 de abril de 2020 que reconoció los derechos de propiedad sobre las criptomonedas como activos digitales. En el ámbito de los Tokens digitales, tiene gran relevancia la sentencia de la High Court de Singapur⁴⁸, de 21 de octubre de 2022, en el caso *Janesh s/o Rajkumar v Unknown person (Chefpierre)*, que reconoció el derecho de propiedad sobre un token no fungible, “*Bored Ape NFT*” identificable por terceros.

33. Sin embargo, los miembros del comité redactor, conocedores de que la propiedad sobre bienes inmateriales presenta múltiples dificultades, tal como queda acreditado a través de un gran número de recientes resoluciones judiciales⁴⁹, no incluyen en los Principios ninguna definición de los derechos de propiedad sobre activos digitales. No obstante, por medio de reconocimiento del derecho de propiedad sobre los activos digitales, los Principios otorgan una gran protección jurídica a los citados bienes y los equiparan a los restantes bienes objetos del tráfico jurídico.

34. Los Principios no solo reconocen los derechos de propiedad sobre los activos digitales, sino que consideran que los activos digitales descritos como tales pueden ser objeto de transferencia siguiendo el precedente establecido por el Tribunal de Luxemburgo el pasado 3 de julio 2012⁵⁰ que, de

⁴⁴ Principios del European Law Institute (ELI) sobre activos digitales como garantía exclúan de forma expresa esta cuestión de su ámbito de aplicación y remítan al ordenamiento interno, accesibles en: https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Principles_on_the_Use_of_Digital_Assets_as_Security.pdf

⁴⁵ Principio 3.

⁴⁶ Sentencia del tribunal de Tokyo District Court de 5 de agosto de 2015, referencia 25541521, (Wa) 33320, Judgment of Civil Division 28, accesible en:

https://www.law.ox.ac.uk/sites/default/files/migrated/mtgox_judgment_final.pdf

⁴⁷ Sentencia de la High Court de Nueva Zelanda de 8 de abril de 2020, en el caso *Ruscoe v Cryptopia Ltd (in Liquidation)* (2020) NZHC 728, accesible en: <http://www.nzlii.org/nz/cases/NZHC/2020/728.html>

⁴⁸ Sentencia de la High Court de Singapur de 21 de octubre de 2022 SGHC 264, Claim 41 de 2022 (Summons 1800 de 2022), caso *Janesh s/o Rajkumar (“Janesh”) v Unknown person (Chefpierre)*, accesible en: https://www.elitigation.sg/gd/s/2022_SGHC_264.

⁴⁹ La sentencia del tribunal de apelación de Nueva York de 15 de junio de en 2007, en el caso *Thyroff v. Nationwide Mut. Ins. Co.*, nº 5-4005 (2d Cir.2007), 864 N.E.2d 1272, reconoció los registros electrónicos que se almacenaban en un ordenador tenían el mismo valor que los documentos impresos. Accesible en: https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca2/05-4005/05-4005-cv_opn-2011-03-27.html

La sentencia del Tribunal supremo holandés de 31 de enero de 2012, caso *RuneScape-arrest*, HR, NJ 2012/536, ECLI:N-L:HR:2012: BQ925 se pronunció sobre la propiedad de bienes inmateriales a raíz de un robo con violencia de unos accesorios o elementos de un video juego.

⁵⁰ Apartado 42 y 61 respectivamente de la sentencia del Tribunal de Justicia Europeo (Gran Sala) de 3 de julio de 2012, Caso C128/11 *UsedSoft v. Oracle International Corp*, ECLI:EU:C:2012:407.

forma genérica, consideró que los derechos de propiedad sobre bienes incorpóreos, pueden ser sujetos de transmisión por parte de su titular. Sin embargo, nuevamente los Principios no contemplan los requisitos necesarios para la válida transmisión de los activos digitales. Limitan la potestad de transmisión a los derechos que ostenta el transmitente⁵¹, que supone el punto de partida propio del sistema legal del *Common law*, pero lo conjugan con la protección del adquirente de buena fe que siempre ha sido el interés central de los sistemas de Derecho Civil. Corresponde a la legislación nacional de cada estado determinar quién es un adquirente de buena fe, cuestión especialmente compleja en el ámbito tecnológico, ya que las partes suelen buscar el anonimato y se refugian en pseudónimos que van cambiando.

35. Los Principios remarcan el hecho de que los que adquirentes de buena fe que ostentan el control del activo digital deben estar libre de derechos y reclamaciones de terceros, sin restricciones sobre la titularidad del mismo y corroboran la presunción existente en materia de bienes muebles en los sistemas del Derecho civil de que la posesión pacífica y de buena fe equivale al título⁵².

Por otro lado, es preciso puntualizar que la transferencia de los derechos de propiedad sobre los activos digitales no es sinónimo de cambio de control. E, igualmente, es preciso distinguir la transmisión de los activos de la transmisión de los derechos jurídicos sobre dichos activos. Los activos digitales pueden permitir tener derechos sobre otro activo dentro o fuera de la cadena y la validez de tal derecho quedará supeditada a la ley nacional aplicable.

36. Los Principios, al igual que otros instrumentos armonizadores recientes⁵³, remarcan que los activos digitales de uso generalizado en el comercio, considerados como bienes muebles dotados de valor patrimonial, son susceptibles de derechos de propiedad y, por tanto, pertenecientes al patrimonio de una persona, por lo que pueden ser utilizados como derecho real de garantía que aseguran el cumplimiento de obligaciones presentes o futuras a fin de proteger las operaciones y evitar riesgos.⁵⁴ Los Principios subrayan que una garantía real sobre un activo digital puede hacerse oponible frente a terceros mediante el control, tanto por parte del mismo acreedor como por parte del que custodia o sub custodia el bien para el acreedor y otorga prioridad frente a aquellos que no ostentan el control⁵⁵. Sin embargo, la concesión de una garantía real no debe identificarse con una transferencia de propiedad o de cualquier otro derecho de propiedad en virtud de la legislación aplicable⁵⁶. Por otro lado, en relación a los activos vinculados a los bienes digitales, los Principios remiten a la legislación nacional que establecerá los requisitos y consecuencias legales, en consonancia con la ley modelo de CNUDMI sobre garantías mobiliarias⁵⁷.

37. Las características propias de los activos digitales, y en particular de los cripto activos, que no suelen ser objeto de registro, hacen necesarios otros medios de protección de los derechos reales de

⁵¹ Proviene del aforismo latino: “*nemo dat quod non habet, nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*”. Ulpiano, Digesto 50.

⁵² Título V del libro II del Código Civil español, artículo 448: “*El poseedor en concepto de dueño tiene a su favor que posee con justo título y no se le puede obligar a exhibirlo*”.

Artículo 2276 del Código civil francés: : “*En fait de meubles, la possession vaut titre*” .

⁵³ Principios del European Law Institute (ELI) sobre activos digitales como garantía, anteriormente citados, aprobados en febrero 2022, que se pronuncian sobre el uso por parte de los particulares de activos digitales como garantía de sus transacciones en sus operaciones económicas

⁵⁴ El comentario 2.25 de los Principios Unidroit sobre activos digitales remite a la Convención de La Haya sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en un intermediario de 5 de julio de 2006, a su artículo 1.1 (h): “*disposición*” significa cualquier transferencia de propiedad plena o en garantía y cualquier atribución, posesoria o no, de derechos reales limitados de garantía; La insolvencia del depositario o custodio impide a la persona que ostenta los derechos de propiedad sobre el activo recuperarlos y tiene que personarse en la quiebra”.

⁵⁵ Principio 16 de los Principios Unidroit sobre activos digitales y derecho privado.

⁵⁶ El comentario 2.25 de los Principios Unidroit sobre activos digitales remite a la Convención de La Haya sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en un intermediario de 5 de julio de 2006, a su artículo 1.1 (h): “*disposición*” significa cualquier transferencia de propiedad plena o en garantía y cualquier atribución, posesoria o no, de derechos reales limitados de garantía; La insolvencia del depositario o custodio impide a la persona que ostenta los derechos de propiedad sobre el activo recuperarlos y tiene que personarse en la quiebra”.

⁵⁷ Artículos 16 y 17 de la ley modelo CNUDMI sobre garantías mobiliarias.

garantía que garanticen transacciones frente a terceros de buena fe. Por este motivo, los Principios consideran que el control, tal como ha sido definido, es el medio más adecuado a nivel global para proteger los derechos de terceros en el ámbito de las garantías reales sobre bienes digitales, a fin de otorgar seguridad jurídica y evitar riesgos. Estos Principios han clarificado el *status legal* de los activos digitales por medio de una definición de carácter funcional y clara que permite considerarlos como objeto del tráfico jurídico, susceptible de derechos de propiedad y objeto de derechos reales de garantía. No obstante, remiten a la legislación nacional a fin de que se ocupe de concretar los requisitos para su creación y su válida transmisión.

2. La ley aplicable a los activos digitales

38. Ante la ausencia de una legislación global aplicable a las transacciones específicas de los activos digitales, los Principios buscan establecer unos parámetros sobre la ley aplicable⁵⁸ específica en la materia que se asemeja a los propios de la denominada nueva *lex mercatoria*⁵⁹.

39. La rigidez propia de la normativa jurídica hace necesarios otros elementos más flexibles a fin de conseguir la adecuada regulación de los activos digitales. El grupo de trabajo de Unidroit constató enseguida que la legislación sobre bienes digitales de carácter virtual y tecnológico no tiene por qué trasladar los mismos conceptos que son aplicables al mundo de bienes tangibles y, por tanto, precisa de otros conceptos que se adapten a estas nuevas realidades.

40. Los activos digitales, en esencia, parecen estar diseñados para estar libres y totalmente desconectados de cualquier elemento físico que establezca un vínculo con una jurisdicción o ley aplicable, siendo ajenos a la problemática que regula el Derecho internacional privado. No obstante, es indudable que no pueden actuar aislados de la realidad jurídica que los rodea, siendo imprescindible una sincronía entre el ámbito físico y digital, tal como preconiza la pionera ley Blockchain de Liechtenstein. Por otra parte, el carácter intrínsecamente transfronterizo de los activos digitales impone la necesidad de una regulación global de los mismos que ofrezca seguridad y certeza. La proliferación de estafas y robos en el ámbito de los activos digitales en los últimos años⁶⁰ pone de manifiesto la necesidad de establecer un marco legal protector que regule de forma efectiva este ámbito.

41. El Principio quinto, con carácter central, regula la ley aplicable a los activos digitales. Constituye, según la organización Unidroit, un punto de partida con el propósito de otorgar seguridad jurídica a las personas involucradas en las operaciones transnacionales con la finalidad de ofrecer una única normativa que rijan todos los aspectos relativos a los derechos de propiedad de activos digitales de la misma tipología.

3. La relevancia de la legislación en el ámbito de los activos digitales

42. Conscientes de que el papel del legislador resulta imprescindible en este ámbito, los Principios Unidroit⁶¹ se posicionan claramente en defensa de la necesidad de establecer la ley aplicable a

⁵⁸ F. GUILLAUME, “Aspects of private international law related to blockchain transactions”, en: Edward Elgar Publishing, *Blockchains, Smart Contracts, Decentralised Autonomous Organisations and the Law*, Editor Daniel Kraus, Thierry Obrist & Olivier Hari (eds), p. 73.

⁵⁹ Reglas que no proceden del legislador, de origen académico que rigen las transacciones entre comerciantes a nivel global como códigos de conducta, leyes modelos y contratos tipo.

⁶⁰ Son ilustrativos los supuestos como el ocurrido en Italia de la sociedad Exchange BitGrail en 2018 o el reciente caso de la plataforma Arbistar 2.0 en España que motivó la sentencia 326/2019 del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1, de 20 de junio de 2019, ECLI:ES:TS:2019:2109.

⁶¹ Apartado segundo del Principio quinto.

los derechos de propiedad de los activos digitales. Con este propósito, los Principios proporcionan unas pautas simples y básicas para determinar de forma fácil y previsible la ley aplicable. Sin embargo, no pretenden profundizar en la complejidad de los supuestos prácticos que acompañan la realidad.

En el comentario que acompaña este Principio, se descarta de forma expresa que las partes eludan la legislación basándose únicamente en el código, es decir, en la autorregulación⁶² o en otros pretextos como la complejidad de la ley y su inadecuación respecto a la naturaleza de la tecnología. Precisamente son las características propias de la tecnología, su rigidez y la ausencia de transparencia, las que resultan inadecuadas para proteger la autonomía de las personas, sus libertades y derechos.

Los Principios establecen que la ley será aplicable a todos los activos de la misma clase en el momento en que son creados o emitidos. No obstante, si surgen cambios, se conservarán los derechos preexistentes.

43. Tradicionalmente, la normativa relativa a los bienes sobre todo en el ámbito de la compraventa tanto de carácter internacional⁶³, supranacional⁶⁴, como doméstica⁶⁵ estaba centrada en las mercaderías consideradas como bienes tangibles propios de un mundo basado en materias muebles dotados de carácter corporal o físico. El derecho aplicable a la propiedad de estos bienes tangibles se encuentra regido por el factor de conexión territorial, la denominada *lex rei sitae* correspondiente a lugar en que se encuentran.

Sin embargo, en el caso de los bienes muebles incorporeales, como por ejemplo las criptomonedas, el hecho de que se acceda a ellas a través de claves dificulta enormemente la ubicación de la propiedad en la cadena de bloques. Por este motivo, ante la imposibilidad de concretar su ubicación, resulta conveniente recurrir por analogía a una localización sustitutiva que, parte de la doctrina asocia al estatuto personal de las partes. En esta línea se ha pronunciado la jurisprudencia reciente de origen anglosajón que asocia el lugar del bien o activo digital con la ubicación del titular, en el caso de las personas físicas inicialmente era su domicilio, factor de conexión legal, recientemente modificado por la residencia habitual⁶⁶, factor de conexión fáctico, y en el supuesto de las personas jurídicas su sede social⁶⁷. Todos ellos son factores de conexión denominados rígidos que facilitan la previsibilidad pero que no otorgan flexibilidad.

44. El carácter *sui generis* de los activos digitales, que son fruto de la tecnología de la información y no suelen ser objeto de registro, impiden la aplicación de la mayoría de los puntos de conexión existentes para bienes intangibles, como son la *lex creationis* y la regla *lex loci registri*⁶⁸, y propician la búsqueda de otras alternativas novedosas⁶⁹. En este contexto, y siguiendo el precedente establecido

⁶² Comentario al Principio 5 (2).

⁶³ Convención de Naciones Unidas de 11 de abril de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías.

⁶⁴ Directivas (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019 relativa a determinados aspectos de los contratos de suministros de contenidos y servicios digitales que define el contenido digital como los datos producidos y suministrados en formato digital

Directiva 2019/771 del Parlamento y del Consejo de 20 de mayo de 2019 se refiere únicamente a bienes muebles tangibles con elementos digitales (Artículo 2.5 y 6).

⁶⁵ El Código Civil español, en su artículo 333 establece: “*Todas las cosas que son o pueden ser objetos de apropiación se consideran como bienes muebles o inmuebles*”. Artículo 325 del Código de Comercio español: “*Será mercantil la compraventa de cosas muebles para revenderlas, bien en la misma forma que se compraron, o bien en otra diferente, con ánimo de lucrarse en la reventa*”.

⁶⁶ Sentencia del Tribunal de apelación de Gales e Inglaterra, de fecha 3 de febrero de 2023, caso *Tulip Trading Ltd v Bitcoin Association For BSV & Ors* (2022) EWHC 667 (Ch), accesible en: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2022/667.html>

Sentencia de 29 de noviembre de 2022 del England and Galles High Court (Commercial Court), caso *LMN v Bitflyer Holdings Inc* (2022) EWHC 2954, accesible en: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2022/2954.html>.

⁶⁷ Párrafo 14 de la sentencia de la High Court of Justice Business and Property Courts of England and Wales, London Circuit Commercial Court (QBD) de 21 de diciembre de 2020, caso *Fetch.AI Ltd v Persons Unknown* EWHC 2254, accesible en: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2021/2254.html>

⁶⁸ K. TAKAHASHI, “Law applicable to proprietary issues of crypto-assets”, *Journal of Private International Law*, 2022, Vol 18, N° 3, p. 348.

⁶⁹ S. GREEN, *Digital assets: Which law, which Court?*, Trabajos de la Comisión de derecho de Inglaterra y Gales, accesible en: <https://www.lawcom.gov.uk/project/digital-assets-which-law-which-court/>.

por la Convención de La Haya de 5 de julio de 2006 sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en un intermediario, el comité redactor de los Principios consideró apropiado introducir el consentimiento⁷⁰ como factor de conexión de carácter subjetivo para determinar la ley aplicable.

A) La elección por las partes de ley aplicable a los activos digitales

45. Redactado de forma larga, compleja y técnica, el Principio quinto potencia la *lex voluntatis*, alineándose de esta forma con los Principios sobre la elección de derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales de La Haya de 2015⁷¹. Parte de la premisa de que son las partes, no terceros, las primeras interesadas en establecer, de forma expresa, la ley nacional que desean que sea aplicable a los activos digitales incluyendo la designación de los mismos Principios. Se basa en el principio de autonomía de la voluntad que, tradicionalmente apenas tenía protagonismo en el ámbito de los derechos de la propiedad⁷² pero estableciendo de forma clara, al igual que otros instrumentos jurídicos, el respeto a las normas imperativas⁷³ que protegen los intereses de las partes, de la sociedad y de terceros de buena fe.

46. La elección de ley estatal debe constar de forma visible, ya sea en el mismo activo digital o, en su defecto, en la plataforma en la que se inserta, contemplando de forma expresa la posibilidad de que conste en archivos adjuntos, abiertos y de fácil acceso para los usuarios. Por tanto, la cláusula de elección de ley debe ser expresa en el sentido de equiparable a “*clara y comprensible para las partes*” siguiendo de esta forma la filosofía propia de la Directiva 93/13 CE del Consejo de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores⁷⁴.

Es preciso constatar que, en el ámbito de los profesionales del comercio, es habitual la elección de la ley aplicable, ya que facilita las propias transacciones mercantiles, pero, en el ámbito de consumidores⁷⁵, esta tendencia no está tan extendida, especialmente en el ámbito de los derechos de propiedad. La elección de ley por las partes, es conocida por todos los interesados, debe respetar las normas imperativas y en principio no favorece de forma clara a ninguna de las partes ya que son las mismas las que, de forma voluntaria, la han elegido de forma expresa.

47. El comité redactor es conecedor de la necesidad de establecer unas pautas claras e inequívocas relativas a la elección de ley, a fin de facilitar su utilización. En este sentido, los Principios contemplan única y exclusivamente la elección expresa de la ley nacional aplicable y no hacen ninguna alusión a la elección tácita de la misma. Igualmente, conscientes de las particularidades de los activos digitales, los Principios tampoco contemplan el momento en que se ha de efectuar la elección de la ley aplicable ni la necesidad de que la ley elegida tenga alguna conexión con las partes o con la transacción efectuada.

Finalmente, es preciso remarcar que los Principios no hacen referencia específica a la protección de los intereses económicos de los consumidores⁷⁶, como partes que realizan actos ajenos a su actividad

⁷⁰ Principio 3 y sus comentarios. European Law Institute Principles on the use of digital assets as Security.

⁷¹ Artículo 3 de los Principios sobre la elección de derecho de La Haya de 2015 que incluye la coletilla “*salvo estipulación en otro sentido del derecho del foro*”.

⁷² Comentario del artículo 1.3.1 de Principios sobre la elección de derecho aplicable de la Haya de 2015.

⁷³ Artículo 30. 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional hecha en Nueva York, 2001.

Artículo 3.3 del Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de julio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, Reglamento Roma I.

⁷⁴ Artículo 5.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993, DOUE-L-1993-80526

⁷⁵ En el ámbito de la UE, el artículo 6.2 del Reglamento Roma I permite la elección de la ley aplicable en los contratos con consumidores siempre que se respete la protección de las normas imperativas de la ley del estado de residencia habitual del consumidor.

⁷⁶ En el ámbito de la UE, existe numerosa jurisprudencia sobre la protección de los consumidores frente a condiciones abusivas entre la que destaca la reciente la sentencia del TJUE de 8 de junio de 2023, Caso C-455/21, *OZ contra Lyoness Europe AG*, ECLI: EU:C: 2023: 455.

profesional o comercial. La legislación propiamente dicha, como es el caso del reciente Reglamento europeo sobre cripto activos o el Reglamento Roma I, sí contemplan de forma clara la protección de sus derechos. En este punto, atendido a su limitado ámbito de aplicación material, los Principios obligan a la constante remisión a la legislación nacional vigente.

B) La elección de los Principios como ley aplicable

48. En defecto de elección de ley estatal, con carácter innovador, los Principios permiten que las partes elijan la aplicación de los mismos Principios⁷⁷, considerados como un conjunto de reglas equilibrado y neutro, generalmente aceptado a nivel internacional⁷⁸ y adecuado para regular esta materia, todo y ser conscientes de que deberán ser complementados por una ley estatal en todo aquello que no regulan⁷⁹. De esta forma, los Principios constituyen unas reglas materiales de derecho que ofrecen, en todo aquello que regulan, una solución directa y práctica especialmente adecuada para regir las transacciones de activos digitales. Sin embargo, el carácter incompleto de los Principios, como fuente informal del ordenamiento jurídico, los hace dependientes de la ley.

Pese a su finalidad armonizadora, los Principios formados por reglas de derecho no han sido contempladas entre las fuentes tradicionales del derecho a nivel internacional y, en el ámbito de la normativa europea reciente, no han sido aceptadas como ley aplicable de manera uniforme, tal como se detectó en la redacción del Reglamento Roma I⁸⁰. No obstante, con la finalidad de resolver los conflictos⁸¹ las reglas de derecho suelen aplicarse en el ámbito arbitral cuando han sido elegidas por las partes.

49. Atendido el vacío existente en la regulación del ámbito de los activos digitales provocado por la dificultad y lentitud del legislador en abordar esta área, resulta coherente y lógico que, de forma novedosa y temporalmente, se puedan utilizar como ley aplicable los mismos Principios de forma facultativa, tal y como proponen, sin olvidar que la finalidad de los mismos es la de servir de guía para el legislador. No tienen, por tanto, la pretensión de convertirse en ley aplicable, sino que su propósito es que su contenido sea incorporado por el legislador en un instrumento propiamente normativo. Reivindican, de esta forma, su carácter de instrumento útil para el legislador en su afán de crear un marco normativo adecuado. Resulta, por tanto, práctico que, durante este período, y ante la ausencia de otros instrumentos reguladores, las partes puedan elegir estos Principios de forma expresa como ley aplicable en los extremos que regulan.

C) La elección de la *lex fori* del estado del emisor

50. Asimismo, el primer apartado del Principio quinto contempla un supuesto específico para aquellos activos digitales en que exista un emisor, definido por los Principios como aquella persona jurídica que emite el activo digital con fines comerciales siempre y cuando esté claramente identificada, con sede social determinada y fácilmente comprobable por el público. En estos casos será aplicable, para el activo digital y los bienes que sean de la misma descripción, es decir fungibles, la ley del estado donde el emisor tiene su domicilio social. Este supuesto, aunque no aparecía en borradores anteriores⁸², proporciona un punto de conexión territorial y objetivo que conlleva una ley conocida y previsible para

⁷⁷ Unidroit 2023, Study LXXXII, WG8 Doc 4, Comentarios al Principio quinto, p 55-67.

⁷⁸ Comentario 3.11 de los Principios de La Haya de 2015 y Comentario 19 de la Asociación japonesa de intercambio de activos virtuales y criptográficos contenido en el trabajo de Unidroit, Study LXXXII, WG8 Doc 4, párrafo 156, p. 62.

⁷⁹ Apartado 5.5 del comentario al Principio 5 de los Principios Unidroit sobre activos digitales.

⁸⁰ Propuesta de reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, Roma I, COM 2005 final, 15 de diciembre de 2005 que fructificó en Reglamento Roma I.

⁸¹ Artículo 28 de la Ley modelo Uncitral de arbitraje comercial internacional.

⁸² Propuesta del grupo de trabajo de EAPIL (The European Association of Private International Law) a raíz de la consulta pública realizada en febrero 2023.

las partes. En el tráfico jurídico, la transparencia relativa a los datos del emisor es un aspecto generador de seguridad jurídica y confianza no sólo para las partes sino también para terceros.

D) Otras opciones previstas para la elección de ley

51. No obstante, el comité redactor de los Principios, siendo conocedor de que, aunque deseable, no es habitual la elección expresa de ley en el ámbito de los activos digitales ni la existencia de un emisor así definido, en defecto de estos supuestos proporciona dos nuevas opciones identificadas como A y B.

52. La primera opción otorga la posibilidad de aplicar la normativa nacional del foro, la *lex fori* que es una opción previsible y práctica. El comentario de los Principios pone de relieve que esta opción es especialmente apropiada para aquellos supuestos en que la ley nacional contemple de forma expresa aspectos relativos al derecho de propiedad de los bienes digitales. Asimismo, en relación a aquello no especificado, establece la posibilidad de aplicar estos Principios en su totalidad o parcialmente. De esta forma, nuevamente los Principios ponen de relieve el carácter complementario de los mismos respecto a la legislación.

53. La segunda opción, en defecto de la primera se concreta en utilizar directamente estos Principios como ley aplicable a los activos digitales. Esta opción resulta conveniente en defecto de elección de ley aplicable a fin de proporcionar cierta regulación de tipo material en este ámbito. Es preciso reiterar, una vez más, que, esta posibilidad será complementada lógicamente con la ley nacional en aquello no regulado por los Principios.

54. Finalmente, en defecto de ambas opciones y, en la medida en que la materia no esté contemplada en los Principios, se acudirá al derecho aplicable en virtud de las normas de Derecho internacional privado del estado del foro.

55. En relación al derecho aplicable, el Principio quinto ofrece una solución claramente insuficiente en defecto del primer apartado, presentando como alternativas o bien la ley del foro o los Principios, conocedores que estos últimos son incompletos por definición. Los Principios no introducen ningún factor de conexión adicional previsible recomendado, y que resulta imprescindible para conseguir la armonización en esta materia a nivel global. Siendo el control del activo digital un elemento clave en estos Principios, sorprende que no tenga ninguna incidencia en la determinación de la ley aplicable. Tal vez sería recomendable introducir algún factor de conexión fáctico relativo al lugar desde donde se ejerce el control sobre el activo, como sería la residencia habitual de quien ostente el control -en el caso de las personas físicas- o la sede social -en el caso de las jurídicas-. Tampoco establece el comité redactor de los Principios la posibilidad de contemplar excepciones por medio de una cláusula para que, en el supuesto de que, atendidas las circunstancias del caso concreto, existiese una ley que presentase vínculos más próximos al activo digital se pudiese aplicar esa ley⁸³. Atendido el carácter cambiante de la tecnología sería necesario contemplar de forma expresa la posibilidad de la existencia de particularidades e introducir factores de flexibilidad.

En cualquier caso, estos Principios han introducido criterios nuevos que se alejan de los puntos de conexión rígidos y eminentemente de carácter territorial y de esta forma permiten adaptarse mejor a las particularidades de los bienes digitales

E) Ley aplicable a la custodia de los activos digitales

56. A continuación, los Principios se ocupan de la ley aplicable a la custodia de los activos digitales, que es el régimen de prestación de servicios habitual por el que se gestionan los mismos por cuenta

⁸³ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Ley aplicable a los contratos Internacionales en la historia de los conflictos de leyes”, *Cuadernos de derecho transnacional*, 2023, Vol. 15, N°1, p.210.

de un cliente. La definición del concepto de custodia es funcional y sirve para poner de manifiesto que la titularidad del activo digital y la persona que custodia y tiene el control del mismo no son necesariamente la misma persona. Asimismo, los Principios contemplan, la posibilidad de que el profesional que se ocupa de la prestación de servicios de guarda y custodia de los activos digitales pueda realizar un contrato de sub-custodia.

57. Los Principios parten de la premisa de que los activos digitales en custodia están sujetos a la ley estatal elegida en el contrato de custodia que a su vez determina si el acuerdo de custodia puede o no ser calificado como tal. Por esta razón, los Principios no establecen la ley aplicable a las relaciones entre el custodio y su cliente, sino que remiten a la legislación nacional expresamente contemplada en el acuerdo de custodia. Sin embargo, aunque en la práctica, la mayoría de acuerdos de custodia ya incluyen una cláusula de elección de ley aplicable que sirve para regular estas cuestiones, que puede ser la misma especificada en el contrato o designar otra ley nacional, tal como recoge el apartado tercero del Principio 5, no siempre es así. En este ámbito, los Principios deberían fomentar que las partes contemplen en los acuerdos de custodia de forma expresa la ley aplicable que regirá numerosos aspectos y facilitará transmisión de los activos digitales.

58. En cambio, los Principios sí se han ocupado de regular de forma clara ciertos deberes generales del custodio frente a su cliente como la obligación de conservar los activos digitales, no utilizarlos en su propio beneficio, seguir instrucciones de los clientes, y no transmitir el activo salvo que así lo indique su cliente o lo exija la ley. De esta forma los Principios protegen a los usuarios de ciertos riesgos relativos a la mala praxis por parte de los responsables de la custodia de estos activos que en algunos casos los utilizaban como un depósito irregular en su propio interés.

F) La ley aplicable a los activos digitales y a las garantías reales sobre los mismos en casos de insolvencia

59. La ausencia de un marco regulatorio sobre activos digitales a nivel mundial implica riesgos económicos, que suelen concretarse en fraudes y pérdidas económicas para los usuarios que se acentúan en situaciones de insolvencia, tal como se ha detectado en el caso de la plataforma Exchange FTX, que custodiaba criptodivisas para sus inversores, causando una gran alarma social. Todo ello ha subrayado la creciente necesidad de regular este ámbito a fin de otorgarle seguridad jurídica. Sensibles a esta problemática, estos Principios, en la sección novena y última se ocupan de las situaciones de insolvencia.

60. En el ámbito de la insolvencia, los Principios parten de la premisa que los derechos de propiedad, así como la custodia de los bienes digitales deben ser objeto de protección. De esta forma, establecen las normas que rigen la ejecución de los activos digitales y el tratamiento de los activos digitales en caso de insolvencia del propietario respectivo. El Principio quinto determinará la ley aplicable siempre que se trate de garantías reales oponibles a terceros por vía del control. Por otro lado, establecen de forma clara que la ejecución y la prelación de las garantías reales sobre activos digitales frente a terceros de buena fe que se realice bajo otros medios diferentes al control (como puede ser la vía registral), estará sujeta a la ley nacional propia de cada estado⁸⁴.

61. En líneas generales, cualquier supuesto previo a la declaración de insolvencia relativo a los activos digitales se regirá por la ley aplicable contemplada en este Principio quinto, respetando las excepciones propias de estas situaciones, tales como la prelación de los créditos, la nulidad de las transacciones de activos digitales realizadas en fraude de ley o la ejecución de los derechos sobre un bien que está bajo el control o supervisión de un representante insolvente. Un derecho de propiedad sobre un activo digital oponible frente a terceros de buena fe es también oponible a las partes interesadas y

⁸⁴ Apartado quinto del Principio 5.

a sus representantes concursales en un procedimiento de insolvencia⁸⁵. Los Principios Unidroit establecen claramente que, bajo el acuerdo de custodia, el activo digital no se integra en el patrimonio del profesional que simplemente realiza el servicio concreto de guarda. De esta forma, en el supuesto de insolvencia del custodio o depositario los Principios excluyen de la masa concursal los activos digitales de sus clientes. Pese a preservar los activos de la masa concursal del custodio insolvente, es necesario establecer normas armonizadoras que impidan que, en materia de quiebra e insolvencia, las distintas leyes nacionales otorguen distintas soluciones en estas materias.

Finalmente, y pese a estar contemplado en borradores anteriores, los Principios no incluyen ninguna referencia a mecanismos para establecer el valor de los activos digitales en garantía de acreedores en situaciones de insolvencia ni establecen la fecha de valoración en que se ha de calcular el mismo

G) El derecho procesal relativo a los bienes digitales incluida la ejecución sobre los mismos

62. Los Principios dedican la sección cuarta al derecho procesal relativo a los bienes digitales que incluye, de forma expresa, la ejecución de los mismos. Comprende un único Principio, el 18, que remite de forma expresa específicamente a la ley nacional estatal correspondiente que regule los restantes bienes tangibles. No obstante, los Principios en el ámbito procesal indican la necesidad de que se aprecien las particularidades propias de los activos digitales, tales como la dificultad de la identificación algunas veces de la persona que ostenta el control y la necesidad de buscar la colaboración de la persona que ejerce la guarda y custodia. En estos casos es preciso que la ley procesal contemple un equilibrio entre la facilitación de la tarea de ejecución y el respeto a la confidencialidad.

A diferencia de los bienes tangibles, resulta difícil la ejecución inmediata de este tipo de los bienes ya que la persona que ostenta el control puede negarse a colaborar y facilitar las claves por lo que es preciso emitir órdenes judiciales que pueden con la consiguiente dilatación del procedimiento. En este ámbito, atendida la celeridad de las transmisiones de activos digitales, los Principios establecen la necesidad de contemplar medidas cautelares como la congelación de activos por parte de las instancias correspondientes para evitar que se eludan responsabilidades en la ejecución sobre los mismos. El comité redactor de los Principios es consciente de las dificultades relativas a las cuestiones procesales, especialmente debido a sus características, y se limita a establecer, de forma general, la conveniencia de adaptar la ley a las características propias de los activos digitales.

VI. Reflexiones finales

63. Con estos Principios sobre activos digitales y propiedad privada, la organización Unidroit proporciona un instrumento informal, de carácter armonizador, con el objetivo de servir de guía para incentivar a los distintos estados a adaptar sus legislaciones nacionales en línea con estos Principios. Evidencia, de esta forma, la necesidad y compatibilidad de las fuentes formales e informales a fin de regular de forma adecuada y con carácter transversal el complejo ámbito tecnológico.

64. Lamentablemente, es preciso subrayar que estos Principios están fuertemente influenciados por el sistema del *Common Law* y no recogen las sensibilidades de todos los estados, especialmente de los provenientes del ámbito del Derecho civil. Estos aspectos, contrarios a la filosofía de la organización Unidroit, le restan legitimidad y dificultan que algunos estados puedan adaptar fácilmente su normativa a estos Principios. Además, el hecho de que están claramente vinculados con otros instrumentos normativos de Unidroit y de otras organizaciones, comporta que el legislador que quiera adoptarlos tendrá que asumir un complejo de textos normativos.

⁸⁵ Principio 19.

65. Pese a ello, es indudable que los Principios constituyen una valiosa aportación. En un ámbito especialmente cambiante, la organización Unidroit ofrece, de forma pionera, unas reglas materiales de derecho que constituyen un estándar sobre aspectos relativos a la propiedad en los activos digitales, con la finalidad de otorgar confianza y certeza a nivel global. Aportan, de forma novedosa, un concepto funcional y amplio de los activos digitales y, partiendo del mismo, los consideran susceptibles de ser objeto de derechos de propiedad y de derechos reales.

66. Ofrecen un marco normativo de mínimos a fin de que pueda ser implementados en la normativa interna del mayor número posible de estados. No obstante, este hecho comporta que no han regulado los principales aspectos de transacciones de los activos digitales relativos a la transferencia, custodia y derechos reales de garantía remitiendo a la legislación nacional aplicable y dejando numerosas cuestiones por resolver de forma adecuada, especialmente las que derivan de sus aspectos prácticos.

67. En el ámbito de la ley aplicable, resultan innovadores, fomentando la utilización del principio de autonomía de la voluntad por las partes incluyendo la posibilidad de considerar los mismos Principios en su totalidad o en parte como ley aplicable si las partes los eligen, aunque complementados con la ley nacional. Sin embargo, sorprende que estas pautas sobre ley aplicable, pese a prever la posibilidad de considerar otros factores como la sede social del emisor, omitan hacer mención a otros factores territoriales previsibles de conexión, en especial los relativos al control de los activos digitales que, dada su relevancia, podrían resultar adecuados para determinar la ley aplicable.

68. El valor de estos Principios reside en el hecho de que suponen un punto de partida que aborda el desafío de la regulación del dinámico sector de los activos digitales. No obstante, su ámbito de aplicación, excesivamente limitado, conlleva que ya se prevé que sea complementado con el trabajo conjunto que está preparando la organización con la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado en el ámbito de la ley aplicable. Este proyecto conjunto entre ambas organizaciones reviste una gran relevancia al constatar el carácter interdisciplinario y transversal que requiere la regulación de los activos digitales.

El repudio en los Códigos de familia de Túnez, Marruecos, Argelia, Emiratos Árabes Unidos y Jordania

The Repudiation in the Family Law of Tunisia, Morocco, Algeria, the United Arab Emirates and Jordan

MARÍA DOLORES CERVILLA GARZÓN

Catedrática de Derecho Civil

Universidad de Cádiz

ORCID ID: 0000-0001-8221-9222

Recibido:14.12.2023 / Aceptado:11.0.1.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8417

Resumen: Este trabajo realiza un estudio comparativo desde una perspectiva de género de la regulación del repudio en los Códigos de familia de Túnez, Marruecos, Argelia, Jordania y Emiratos Árabes.

Palabras clave: Derecho de familia, derecho islámico, mujer, matrimonio, repudio, Corán, sharia.

Abstract: This paper carries out a comparative study from a gender perspective of the regulation of repudiation in the Family law of Tunisia, Morocco, Algeria, Jordan and the United Arab Emirates.

Keywords: Family law, islamic law, woman, repudiation, marriage, Koran, sharía.

Sumario: I. Introducción: Repudio y género. II. El repudio: un derecho exclusivo del varón en el Derecho islámico. III. El ejercicio del repudio en los códigos más modernos. 1. Código de familia de Túnez. 2. Código de familia de Marruecos. 3. Código de familia de Argelia. IV. El ejercicio del repudio en códigos tradicionales. 1. Código de familia de Jordania. 2. Código de familia de los Emiratos Árabes. V. Las consecuencias patrimoniales del repudio en los códigos más modernos 1. Código de familia de Túnez. 2. Código de familia de Marruecos. A) Consecuencias económicas para toda clase de ruptura. B) Consecuencias patrimoniales propias del repudio. 3. Código de familia de Argelia VI. Las consecuencias patrimoniales del repudio en códigos tradicionales. 1. Código de familia de Jordania. A) Consecuencias económicas para toda clase de ruptura. B) Consecuencias patrimoniales propias del repudio. 2. Código de familia de los Emiratos Árabes A) Consecuencias económicas para toda clase de ruptura. B) Consecuencias patrimoniales propias del repudio VII. Conclusiones.

I. Introducción: repudio y género

1. Como miembro del equipo de investigación del proyecto “Identidad islámica y orden público en una sociedad inclusiva”¹ ya finalizado, abordé, durante los años de su vigencia, el estudio de la que, a mi juicio, constituye una de las instituciones más emblemáticas del Derecho de familia islámico: el repudio. Ante la imposibilidad de abarcar con rigor y exhaustividad la normativa de todos los países islámicos, el trabajo se centró en tres legislaciones la tunecina (1956), la marroquí (2004) y la jordana

¹ “Identidad islámica y orden público en una sociedad inclusiva”, cofinanciado por el Programa Operativo FEDER 2014-2020 y por la Consejería de Universidades, Investigación e Innovación de la Junta de Andalucía. Referencia del proyecto: FEDER-UCA18-105497, IP Isabel Zurita Martín.

(2010) seleccionadas por su modernidad en cuanto al planteamiento (Marruecos y Túnez), y en cuanto a su cercanía en el tiempo al momento actual (Jordania)². La investigación desarrollada en el seno de este equipo liderado por mi querida amiga la profesora Zurita Martín se completa con este artículo en el que, siguiendo la línea iniciada, extendiendo el análisis a otras legislaciones islámicas (Emiratos Árabes (2005) y Argelia (2005)) que he considerado dignas de interés y que añaden perspectivas jurídicas alineadas en los dos grupos sobre los que he construido el discurso: códigos tradicionales y códigos más modernos.

2. El hecho de ser el repudio el mejor catalizador del grado de desigualdad entre sexos presente en la legislación de familia en la que esta se incardine y lo regule, fue el motivo de ser el “elegido” entre el variopinto grupo de instituciones que componen el Derecho de familia islámico. Ciertamente, el Corán se muestra preclaro al definirlo como un derecho exclusivo del varón, lo que lo convierte, por su propia configuración, en una institución discriminatoria que es difícil de orillar.

3. En un esfuerzo por “modernizar” la institución, introduciendo parámetros de igualdad dirigidos a limar o suavizar las graves consecuencias discriminatorias de un derecho así definido, los legisladores de los países islámicos han ideado fórmulas que introducen controles en su ejercicio y/o incluyen prestaciones económicas a favor de la repudiada que dulcifiquen la ruptura o, simplemente, tengan un efecto disuasorio al ejercicio libérrimo de esa facultad por parte de su marido. Estas medidas, oportunas y afortunadas por servir a un interés digno de protección y atención, deben ser interpretadas y aplicadas como parte de la farragosa y contradictoria normativa sobre el matrimonio contenida en los Estatutos personales, que pretenden regular las relaciones familiares mirando al Corán y, a veces, mirando, también, a una sociedad en la que la mujer va cobrando un protagonismo mayor. Desentrañar el entramado jurídico y valorar críticamente, con una perspectiva de género, la oportunidad de las reglas y su interpretación, es el objetivo de este discurso.

4. Como quiera que el número de códigos de inspiración islámica es muy elevado, como lo es el número de países confesionalmente islámicos, se estructura el análisis sobre la base de una muestra de textos. Obviamente, en ellos nos hemos detenido solo en el análisis del tratamiento del repudio, por ser este el objeto de este ensayo. El criterio que nos ha llevado a su selección merece algunas líneas, a fin de transmitir al lector que esta se sustenta en criterios académicos y didácticos, y no en el gusto (o la preferencia) de esta autora por uno u otro texto.

5. En este sentido, se aglutinan las normativas en dos grandes bloques. El primero de ellos integrado por los tres textos que, sobre la base de una interpretación de la *sharia* más avanzada, contienen una regulación más “respetuosa” con el principio de igualdad. Los Códigos de Túnez, Marrueco y Argelia, por este orden descendente, protagonizan este bloque.

6. El segundo de los bloques se compone por el resto de los códigos de los demás países islámicos, que poco se han despegado de la tradición. De entre todos hemos seleccionado el de Jordania, por ser uno de los más recientes en el tiempo pues su aprobación tuvo lugar en 2010, y el de Emiratos Árabes. Este último, ha sido traído al estudio como consecuencia de la reciente aprobación del Decreto Ley federal sobre el estatuto personal de todos los extranjeros no musulmanes en Emiratos Árabes Unidos que entró en vigor el 1 de febrero de 2023, que contiene una regulación del matrimonio para los no musulmanes alineada con las legislaciones de los países occidentales. Como consecuencia de ello, y desde la entrada en vigor de la aludida norma, coexisten dos regímenes jurídicos totalmente diferentes en este país: uno de carácter tradicional, inspirado en principios conservadores y discriminatorios, otro conforme a los principios y valores igualitarios occidentales. Esta curiosa situación traerá consigo

² “El repudio en el Derecho de familia islámico. En particular, en los códigos de familia de Túnez (1956), Marruecos (2004) y Jordania (2010)”, en I. ZURITA (directora) *Identida islámica y orden público en una sociedad inclusiva*, Madrid, Aranzadi, 2023, pp. 337-361. Como quiera que este artículo supone un paso más en la investigación desarrollada al incluir nuevos textos en el estudio pueden, obviamente, existir algunas coincidencias entre ambos trabajos en el tratamiento del tema y en las fuentes utilizadas.

consecuencias en orden a la modernización del Código familiar de los musulmanes, pues, estoy segura, que tendrá lugar una ósmosis entre ambas normas que incidirán positivamente en la que en este ensayo se analiza. Por cierto, una norma muy apegada a la tradición que demanda ser adaptada a los nuevos tiempos. Quizás el hecho de contar con el referente de la ley recién aprobada se convierta en un acicate para el cambio.

7. Aunque en la mayoría de los países islámicos el Derecho de familia se ha codificado, no podemos soslayar la situación en la que se encuentran las mujeres que viven en países en los que se aplica, directamente, la *sharia*, pues sus normas no han sido incorporadas a textos normativos. Entre ellos, destacan Arabia Saudí, Bahrein y Omán³.

8. Finalmente, solo queda apuntar que la perspectiva de género estará presente en este discurso de forma transversal; desde su óptica, trataremos de ilustrar al lector sobre el grado de consecución de la igualdad de los sexos en los textos seleccionados, a través del estudio del régimen jurídico del repudio.

II. El repudio: un derecho exclusivo del varón en el Derecho islámico

9. Para comprender la figura del repudio es del todo necesario proceder a su contextualización sobre los dos pilares que fundamentan la regulación del matrimonio en el Derecho islámico. En primer lugar, se parte de la premisa de que la decisión de contraer matrimonio no es para los creyentes una opción, propiamente dicha, como es lo habitual en la mentalidad occidental, pues el musulmán debe contraer matrimonio por ser ésta una obligación impuesta por el Corán⁴. El celibato, a diferencia de la cultura cristiana que tiene un valor o una consideración en determinadas facetas de la vida religiosa y, al menos, no es en sí mismo un impedimento para la perfección del ser humano y su acercamiento a Dios, en la fe islámica supone un obstáculo que hace más difícil alcanzar el paraíso. Hasta el punto que el matrimonio se define como la “mitad de la religión” en las fuentes⁵.

10. En segundo lugar, aunque el matrimonio para los musulmanes se presenta como una institución regulada desde una perspectiva religiosa y sobre la base de fuertes principios islámicos, abraza una naturaleza jurídica netamente contractual⁶, al más puro estilo liberal⁷. Efectivamente, el matrimonio se define como un contrato⁸; es decir, un instrumento jurídico en el que, al menos desde un punto de vista

³ TORRES FERNÁNDEZ, A., “El derecho islámico en Argelia: El fiqh clásico sobre el matrimonio y su regulación en el ordenamiento jurídico argelino contemporáneo”, *Revista argelina*, nº 13, 2021, pp. 85-112, la cita es a la p. 87.

⁴ Sura 24,32: “Casad a aquellos de vosotros que no estén casados y a vuestros esclavos y esclavas honestos. Si son pobres Alá los enriquecerá con Su favor. Alá es inmenso, omnisciente”.

⁵ Se citan los siguientes hadiz: Al-Haakim narrado en al-Mustadrak de Anas, en un marfoo’ informe: “Quienquiera que Allah bendiga con una esposa justa, Le ha ayudado con la mitad de su religión., así que tema a Allah con respecto a la otra mitad”. Al-Bayhaqi narrado en Shu’ab al-Iemaan de al-Raqaashi: “Cuando una persona se casa ha completado la mitad de su religión, así que tema a Allah con respecto a la otra mitad”.

⁶ Sura 4, 21: “y, ¿cómo ibais a tomarlo, después de haber yacido y de haber concertado ellas un pacto solemne?”.

⁷ FERRARI, S., “Caratteri fondamentali del matrimonio e del diritto di famiglia musulmana”, en la obra colectiva *Cuestiones actuales de Derecho comparado*, Servicio de publicaciones de la Universidad de La Coruña, La Coruña 2003, p. 177, afirma que el matrimonio musulmán es ante todo y sólo un contrato y no un sacramento (como en el matrimonio canónico). Ahora bien, ello no supone, en modo alguno, que “il matrimonio sia una realtà esclusivamente profana”. La naturaleza contractual es típica del matrimonio islámico (vid. EL ALAMI, D.S., *The marriage contract in islamic law*, Graham and Trotman, London, 1992). En palabras de GARCÍA RODRIGUEZ, I., “La celebración del matrimonio en una sociedad multicultural: formas e *ius connubi*”, en la obra *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, Número VIII de 2002, Cuadernos de Derecho Judicial, pp. 145 a 220, concretamente p. 168, “... en el Derecho islámico el matrimonio es un contrato que autoriza a las partes a disfrutar legalmente el uno del otro. Este contrato consiste en la entrega de una dote a la mujer y a proporcionar su mantenimiento, recibiendo en contrapartida el derecho a tener con ella, lícitamente, relaciones íntimas”.

⁸ Sobre el concepto de matrimonio marroquí en relación al matrimonio español, RODRIGUEZ BENOT, A., “Eficacia ante el ordenamiento español del matrimonio celebrado por contrayentes de los que, al menos, uno sea marroquí”, pp. 14 a 19 en la obra colectiva de QUIÑONES ESCAMEZ, A./RODRIGUEZ BENOT, A./BERJAOU, K./TAGMANT M., *Matrimonio y Divorcio en las relaciones hispano-marroquíes y compilación de legislación de Derecho privado marroquí*, volumen I, FIIAAP, Madrid, 2009.

formal, existe una igualdad entre las partes para llevar a cabo la negociación sobre las cláusulas que ellos acuerden, bien por sí, caso del varón, bien asistida por un tutor matrimonial, en caso de la mujer⁹. Un contrato que puede ser disuelto por la voluntad unilateral de una de las partes (el marido), que goza de un derecho natural a ello. Junto con la dote, el repudio se define como un elemento esencial del matrimonio fundamentado en la tradición y recogido, expresamente, en el Corán¹⁰.

11. Esta facultad de disolución del vínculo por la mera voluntad del marido y sin causa alguna, denominada repudio, es, además, revocable por el marido que puede ejercerla, también sin alegar causa alguna, en el plazo de tres meses aproximadamente¹¹, desde que tuvo lugar el repudio. Este periodo de tiempo se conoce como “periodo de espera” (*idda*) y se encuentra presente en todas las legislaciones de familia de los países islámicos dada su clara regulación en el Corán, lo que impide poder soslayarla¹². Durante ese lapsus temporal, la mujer no puede mantener relaciones sexuales pues también es su objetivo asegurar la filiación¹³ y que el varón disponga de la certeza de que su esposa no ha concebido hijo alguno durante su matrimonio; o, si está embarazada tras la ruptura y durante el período de espera, tenga seguridad sobre su descendencia. De ahí que no exista la obligación de guardar la espera de la mujer que no ha consumado el matrimonio. En el caso de la viuda, se suma a esta finalidad el respeto o luto que debe manifestar la misma, por lo que no queda eximida si, efectivamente, no consumó su matrimonio.

12. Como decíamos, el periodo de espera se relaciona con el derecho del varón a revocar el divorcio instado por su esposa o el repudio por él ejercido en algunos casos¹⁴. La revocación del repudio obligaría a la esposa a volver a convivir, en la medida que el contrato matrimonial recupera su validez y eficacia. La revocabilidad del repudio, característica intrínseca a su naturaleza, introduce la figura de matrimonio disuelto provisionalmente, completamente desconocida y ajena para el pensamiento jurídico occidental.

13. Entendido que el repudio no es más que la ruptura del vínculo matrimonial por decisión unilateral del varón, titular de este derecho por su propia naturaleza, sin que pueda exigirse causa alguna que no sea la mera voluntad de dar por finalizado el vínculo, cualquier obstáculo normativo o patrimonial que dificulte su debe ser preterido. De este modo, el Corán no incluye ninguna cortapisa patrimonial o formal por lo que, bajo su paraguas, es admisible la no regulación del repudio permaneciendo este al margen de la norma; en algunos países repudiar a la esposa se conforma como un acto privado sin ningún control. En el Derecho de familia islámico más moderno se han introducido ciertos controles judicializando, en algunos casos, su ejercicio o requiriendo algún tipo de autorización administrativa o de carácter formal, así como ciertas consecuencias patrimoniales de carácter indemnizatorio para la esposa repudiada.

14. Por otro lado, no debemos olvidar que, en algunos casos, también la mujer islámica goza de legitimidad para repudiar a su marido. El hecho de que el repudio sea considerado una facultad, convierte en admisible la renuncia a ella en el acuerdo matrimonial (lo cual impediría su ejercicio como fórmula

⁹ Sobre la naturaleza contractual del matrimonio islámico, vid. AA.VV coordinada por MOTILLA, A. *El matrimonio islámico y su eficacia en Derecho español*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2003, pp. 32 a 35.

¹⁰ Por ejemplo, Sura 2, 226-242; Sura 58, 2-4; Sura 65, 1-4.

¹¹ El período de espera legal o *idda* oscila entre tres meses completos o tres períodos menstruales, según la mujer tenga o no la menstruación (Sura 2, 228 y Sura 65, 4)

¹² Entre otras muchas, Sura 2, 34. Durante ese periodo la mujer tiene derecho a permanecer en la vivienda y a ser mantenida (Sura 65, 1 y Sura 65, 6) no podrá mantener relaciones sexuales (Sura 2, 235)

¹³ Así lo pone de manifiesto ESTEBAN DE LA ROSA, G., *Nuevo Código de Familia marroquí y su aplicación en España*, Difusión Jurídica, Madrid, 2009, pp. 47 y 85.

¹⁴ La figura del divorcio revocable es desconocida en el Derecho occidental y está conectada con la tradición islámica. A los efectos de dotar de efectos civiles, se ha de tener presente que, hasta que éste no haya adquirido la firmeza, transcurrido el período de *idda*, no debe tener eficacia en nuestro país; por tanto, el divorciado no podrá contraer nuevo matrimonio hasta que no devenga firme la disolución. RODRIGUEZ BENOT, A. *La eficacia en España...*, cit, pp. 2 y 4. Si el divorcio lo fuera por el incumplimiento de las obligaciones que el esposo asume por causa del matrimonio (por ejemplo, obligación de mantener a su esposa) o porque el marido ejerciera su derecho de repudio (excepto cuando ejerce éste por tercera vez), la ley islámica le permite al esposo revocar su decisión que deberá hacerlo en el período de *idda*, finalizado el cual se convierte el divorcio en irrevocable

de disolución del vínculo); si ello acaeciera no hablaríamos, pues, de repudio de la esposa sino de “no repudio”, cerrándose tal posibilidad a ambos cónyuges. Igualmente, y en atención a dicha disposición, es plenamente admisible que el marido conceda la facultad de repudiar a la mujer (*tamlik*), lo que transformaría al matrimonio en un contrato denunciabile por ambas partes. Entonces, y solo entonces, podremos hablar de repudio de la mujer en plena igualdad con su esposo. Pero, si hemos de ser francos, no es habitual que ello suceda, al estar muy arraigado en la sociedad y en sus costumbres la identificación del repudio con el sexo masculino. En las sociedades islámicas más modernas en las que está permitido el divorcio consensual junto con las instituciones tradicionales de disolución del vínculo, es más común recurrir a este que pactar el repudio bidireccional en el contrato matrimonial.

15. Por último, la tradición islámica reconoce la posibilidad de que la esposa de por finalizado el matrimonio abonando una compensación económica al marido¹⁵, conocido como repudio retribuido *khol* o *j'ul*. Pero es de observar que el esposo no está obligado a recibir dicha cantidad, por lo que la decisión de continuar el matrimonio sigue recayendo en su voluntad. No obstante, su naturaleza jurídica difiere de la propia del divorcio consensual o de mutuo acuerdo y se asemeja a la repudiación del marido por la mujer¹⁶. Y ello porque en esta modalidad de repudio el consentimiento del marido se nos muestra como requisito indispensable (al igual que en el repudio de la mujer), consentimiento que se presta si ésta le indemniza por ello. Dicha indemnización puede consistir en la devolución de la dote, la renuncia a cobrar todo o la parte de la dote debida, la renuncia a derechos económicos que pudieran corresponderle o el abono de una cantidad cualquiera, mayor o menor del importe de la dote. Así definido, el divorcio retribuido no es más que el repudio del marido por la mujer, previo pago de una indemnización. Generalmente, es ésta una forma de disolución que, por estar vinculada al patrimonio de la esposa, es típica de mujeres de elevada condición social que tienen capacidad de negociación e incluso “imposición” de su voluntad resolutoria del vínculo, ofreciendo para ello una cantidad económica importante a su marido¹⁷.

16. Tras este esbozo del escenario en el que vamos a contextualizar el examen de las cinco normativas sobre Derecho de familia seleccionadas, pasaremos, a continuación, a entrar en ellas, analizando pormenorizadamente sus reglas y las consecuencias que de su implementación se derivan.

III. El ejercicio del repudio en los códigos más modernos

17. Para salvar la arbitrariedad que pudiera suponer el libre ejercicio del derecho de repudio por parte del varón, los códigos más modernos del mundo árabe (Túnez, Marruecos y Argelia) han regulado su ejercicio instaurando controles o requisitos previos de manera que, en cierta medida, este se limite. Como hemos apuntado, el Corán no los impone, pero tampoco, de entrada, los prohíbe; sin embargo, estos no pueden afectar al ejercicio del derecho de tal forma que quede vacío de contenido, por ser las trabas de tal calibre que así lo impiden o dificultan de tal modo que lo convierten en inviable.

18. Vaya por delante una previa aclaración. La “modernidad” aludida debe ser interpretada, no como una cercanía en el tiempo, sino por su proximidad al principio de igualdad y el respeto a los derechos que, en este sentido, se garantiza en los Estados modernos. En definitiva, bajo este epígrafe acometeremos el estudio del repudio enmarcado en los tres textos más avanzados en materia de igualdad.

¹⁵ Sura 2, 229

¹⁶ PEARL D./MENSKI, W. *Muslim Family Law*, Sweet & Maxwell, London, 1998, pp. 280 a 286-, realiza un estudio muy detallado del repudio, como forma tradicional de disolución del matrimonio. En las pp. 283 y 284 se refiere al divorcio por compensación (*khul*), como una forma de repudio y lo diferencia del divorcio de mutuo acuerdo

¹⁷ QUIÑONES ESCAMEZ, A. “La disolución del matrimonio: especial referencia al repudio islámico”, en la obra *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, Número VIII de 2002, Cuadernos de Derecho Judicial, p. 268.

1. Código de familia de Túnez

19. Aprobado en 1956, aunque reformado hasta el día de hoy en numerosas ocasiones¹⁸, este es, sin duda, el texto que dispensa un tratamiento más igualitario entre los sexos que podemos encontrar en un país islámico. En ninguna legislación de familia se ha llegado tan lejos como en Túnez; algunos ejemplos de ello lo constituyen la prohibición de la poligamia, la introducción de la adopción o la regulación del repudio con carácter recíproco. En relación al ejercicio del repudio se observan dos características importantes en orden a la seguridad jurídica y al respeto de los derechos de la mujer.

20. En primer lugar, la judicialización plena del divorcio, pues solo el juez puede acordar la ruptura del vínculo matrimonial tras un proceso judicial único, sea como fuere el motivo que lo inició. El art. 30 es taxativo: “El divorcio no tendrá lugar excepto ante Tribunal”, regulando el art. 32 y 32 (bis) un único procedimiento.

21. En segundo lugar, la unificación del divorcio, consagrada en el art. 31 de forma clara y contundente (pue a este único proceso de divorcio se puede llegar “1º Por mutuo acuerdo; 2º A demanda de uno de los cónyuges por habersele ocasionado perjuicio; 3º Por el deseo del esposo de divorciarse o a reclamación de la esposa”), simplifica enormemente su tramitación y coloca en el mismo plano las causas que conducen a los esposos a iniciarlo, de forma que el repudio no recibe un trato preferente como es lo habitual en el resto de los Estatutos Personales si es ejercitado por el marido de forma natural o por la esposa, fruto de una concesión de este.

22. Obviamente, en este escenario, desaparece, por carecer de sentido, el repudio de la mujer como repudio excepcional ejerciendo un derecho que le ha sido cedido por su esposo, y el retribuido que para que proceda debe aceptar el marido la compensación ofrecida por su esposa. También se elimina la revocabilidad del repudio que desaparece y deja prácticamente sin sentido y muy reducido el periodo de espera en el que se ejercía dicha facultad revocatoria.

23. Solo un comentario en cuanto a la terminología usada para salvar, supongo, el respeto a la *sharia* y a la tradición, sin consecuencia jurídica alguna. El punto 3º distingue entre el “deseo” del esposo y la “reclamación” de la esposa, pero solo terminológicamente sin que se derive ningún efecto jurídico en una u otra acción.

2. Código de familia de Marruecos

24. Mucho más complejo y oscuro el Código de familia marroquí aprobado en 2004¹⁹. El art. 78 que inicia la sección tercera rubricada “El repudio” en el que algunos²⁰ han querido ver un tratamiento igualitario entre los cónyuges dice: “El repudio es la disolución del contrato matrimonial ejercida por el esposo y la esposa según sus requisitos bajo el control judicial y de acuerdo con las disposiciones de este Código” o el art. 79 “ Toda persona que desee divorciarse ...”. Los preceptos siguientes se dedican a regular el procedimiento cuando es el esposo el que ejercita tal derecho, hasta que llegamos al art. 89 que principia: “Si el esposo le cede a su esposa el derecho de llevar a cabo el repudio...” estableciendo,

¹⁸ Sobre las modificaciones del Código tunecino, PÉREZ BELTRÁN, C., “Una ley en constante evolución: el derecho de familia en Túnez desde la independencia a la actualidad”, *Meha*, sección árabe-islám, nº 60 (2011), pp. 235-254 y “Las leyes de familia en Túnez promulgadas durante la primera década del siglo XXI”, *Meha*, sección árabe-islám, nº 60 (2011), pp. 327-335

¹⁹ Nos valemos de la traducción del art. 89 de la obra *Nuevo Código de familia marroquí y su aplicación en España*, obra colectiva coordinada por ESTEBAN DE LA ROSA, G., Difusión Jurídica, Madrid, 2009, p. 65.

²⁰ Algunos autores, incluso, han afirmado que el repudio es una prerrogativa de ambos sexos. Así, CARRILLO LERMA, C. “Divorcio en España entre cónyuges marroquíes: la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 diciembre 2014, en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2015), vol. 7º, Nº 2, pp. 413-419, la cita es a la p. 415.

a continuación, como se adapta el procedimiento perfeñado en los artículos precedentes a tal situación. De ello colegimos, sin dificultad, que el art. 78 cuando se refiere al ejercicio del repudio por la esposa “según sus requisitos” alude a cuando el esposo le ha cedido el derecho, derecho que le pertenece y que ejerce con total libertad. En este sentido, nada ha cambiado esta norma que sigue pegada a la tradición.

25. El texto reformado en 2004, sin embargo, incluye el control judicial del mismo, lo que supone un importante avance en orden a la garantía de los derechos de la esposa. Ello implica que la validez del repudio se encuentra condicionada a la existencia de autorización judicial previa, amén de someterse a un control judicial durante su ejercicio cuya finalidad es garantizar los derechos económicos de la esposa repudiada. Dicha autorización judicial no es, en sí misma, una novedad, pues ya estaba presente en el texto derogado. No así la extensión del control judicial a la garantía de los derechos económicos de la mujer actuando como condicionante del divorcio que es una aportación importante de la reforma. A tal fin, desde que se inicia el procedimiento, se exige al actor que adjunte “las pruebas que determinen la situación material del marido y sus obligaciones económicas” estando legitimado el Tribunal para solicitar otros documentos probatorios o justificativos si estos no fueran suficientes²¹. Una vez sustanciado el mismo, y no habiendo alcanzado la reconciliación, para que el repudio prospere el marido tiene que depositar judicialmente, en el plazo de treinta días, el importe que fije el Tribunal en concepto de los derechos económicos debidos a su esposa e hijos. Satisfechos éstos, el juez autoriza el divorcio, incluyendo en el acta “la cuantía de los derechos previstos en los artículos 84 y 85 y la remuneración de la custodia después del período legal de espera” (art. 88. 6).

26. A la vista de la regulación constatamos que el repudio de la mujer al marido (*tamlík*) sólo es factible si el esposo le ha concedido tal derecho y que tal posibilidad tampoco es una novedad de la reforma, ya que, explícitamente, se contenía en el texto anterior.

27. En relación al repudio retribuido este aparece en el texto marroquí como una modalidad de repudio consensual, dedicándole el legislador el capítulo II de la sección quinta. Lo más original del tratamiento de la figura consiste en dar viabilidad al repudio por compensación, aun cuando no exista acuerdo sobre el importe en que esta consistirá, si el marido aceptó tal modalidad de repudio en el contrato matrimonial o en cualquier otro momento de la relación conyugal. Si ello sucediera, el art.120 ha previsto que el Tribunal “dictaminará la ejecución del repudio por compensación después de evaluar su compensación teniendo en cuenta el importe de la dote, la duración del matrimonio, las causas de la demanda del repudio por compensación y la situación material de la esposa”.

28. Una observación conviene realizar al lector, a fin de no ser conducido a conclusiones erróneas. Pues no podemos obviar que el repudio, también en este caso, depende de la voluntad del varón de manera que, si una vez dictada por parte del Tribunal la resolución fijando la cantidad esta no es aceptada por el esposo, dice, textualmente el referido precepto en sus dos últimas líneas: “Si la esposa persiste en la demanda del repudio por compensación y el esposo no accede a ella, ella podrá recurrir al procedimiento por las desavenencias”. Es decir, el matrimonio no queda disuelto y, en su caso, deberá iniciar la esposa un nuevo procedimiento de divorcio, esta vez sobre la base de las discordias existentes entre los cónyuges acreditada por la no aceptación de este de la cantidad fijada por el Tribunal.

29. En consecuencia, en Derecho marroquí el repudio continúa siendo un derecho solo del varón, pero se ejercita con un control judicial previo que lo supedita a la garantía de una serie de derechos económicos para la mujer repudiada.

²¹ *Guide pratique du code de la famille* editada por el Ministerio de Justicia de Marruecos http://www.tv5monde.com/cms/userdata/c_bloc_file/0/183/183_fichier_Guide_pratique_du_code_de_la_famille.pdf

3. Código de familia de Argelia

30. El Código argelino, aunque data de 1984, fue objeto de reforma en 2005. Que, si bien modernizó alguna de sus instituciones²², no satisfizo las expectativas de los sectores feministas y progresistas de la sociedad argelina que demandaban una reforma más profunda²³. El resultado fue un texto considerado, junto con el de Túnez y Marruecos, como uno de los modelos que pudiera tomarse como referente en ese camino interpretativo de la *sharía* hacia la igualdad entre los sexos. Sin embargo, de los tres mencionados, este es, sin duda, el menos “arriesgado” y, por tanto, su nivel de implicación con la igualdad, también, menor. Al Código argelino le queda mucho por recorrer para alcanzar al tunecino...

31. Al igual que el Código marroquí, en el argelino el repudio sigue siendo un derecho exclusivo del varón. Quien, en su caso, podrá cederlo a su esposa en el contrato matrimonial. Desde el texto primigenio de 1984, ya que este punto no ha sido objeto de reforma, el repudio se encuentra judicializado en Argelia. Pues es preciso una sentencia judicial para su implementación, como ya establecía el art. 49, en su redacción previa a la reforma: “El divorcio solo podrá ser establecido mediante una sentencia judicial precedida de una tentativa de reconciliación por el juez que no podrá exceder de un periodo de tres meses”²⁴. La dicción referida del art. 49 se completa tras la reforma de 2005 quedando como sigue “El divorcio solo podrá ser establecido mediante una sentencia judicial precedida de varias tentativas de reconciliación por el juez que no podrá exceder de un periodo de tres meses a contar desde la fecha de elevación de la demanda. El juez deberá redactar un atestado firmado por él, el escribano forense y las dos partes, que consigne los esfuerzos y resultados de las tentativas de reconciliación. Las sentencias de divorcio serán registradas obligatoriamente en el estado civil a instancia del ministerio público”.

32. Es importante destacar, en primer lugar, que el código aglutina las tres formas de divorcio en cuanto al requisito de su establecimiento por sentencia judicial, en la medida que el meritado precepto es de aplicación general. Nótese que alude al “divorcio”, cualquiera que se la fórmula de su ejercicio.

33. En segundo lugar, tal y como se desprende del texto transcrito, se refuerza el papel de la reconciliación que pasa de una sola tentativa a “varias”, sin establecer el número, pero indicando, claramente, que debe ser un número superior a uno. La limitación se determina por el periodo temporal de tres meses, máximo, que debe concurrir entre la demanda y la realización de, al menos, dos intentos de reconciliación. Se incluyen, también, controles formales y garantistas de la oficialidad de la ruptura y su publicidad.

34. No obstante, todo este proceso judicial solo tiene como objetivo la constatación de la voluntad real del varón de dar por finalizada su relación conyugal, sin que esta se encuentre condicionada (como sucedía en el código marroquí) a que se garanticen derechos económicos algunos de la mujer repudiada.

35. Admitido el divorcio consensual, el legislador argelino se representa la posibilidad de que no exista acuerdo ni causa que faculte a la esposa a iniciar el divorcio para el que se encuentra legitimada. Como quiera que, a no ser que el esposo le haya concedido el derecho a repudiarlo en el contrato matrimonial (lo cual no es una práctica frecuente), la esposa carecería de posibilidad alguna de romper el vínculo, el código argelino contiene una amplia regulación del repudio retribuido concebido como la fórmula más operativa a tal fin.

²² Así, por ejemplo, eliminó del art. 34 que contenía el deber de obediencia de la esposa al marido.

²³ Tampoco satisfizo el Código en su redacción de 1984, pues su contenido es más conservador que los proyectos que lo precedieron. Vid. PEREZ BELTRÁN, C. “Nuevas modificaciones del Código Argelino de la Familia: estudio introductorio y traducción”, *Meah, Sección árabe-Islám* 54, (2005), 143-167, concretamente p. 145. Vid. También, más adelante pp. 150-151 se expresan las críticas y la decepción de la reforma de 2005 en sectores progresistas de la sociedad

²⁴ El texto de los preceptos de este código, tanto en su primitiva redacción como la llevada a cabo el legislador de 2005, se citan de la traducción contenida en PEREZ BELTRÁN, C. “Nuevas modificaciones del Código Argelino de la Familia: estudio introductorio y traducción”, *Meah, Sección árabe-Islám* 54, (2005), cit.

36. Aunque en la anterior redacción del art. 54 ya se contemplaba el repudio retribuido de tal forma, que la negativa del esposo a aceptar la compensación ofrecida por la esposa no paralizaba el divorcio, el nuevo art. 54 es todavía, si cabe, más explícito. Así dice: “La esposa que no cuente con la conformidad de su marido podrá ella misma hacer uso del divorcio convenido mediante una compensación económica. Si los dos esposos no se ponen de acuerdo en la compensación económica del divorcio convenido, el juez establecerá una cantidad que no rebasará el valor de la dote de paridad fijada en la sentencia”.

37. La referencia en el texto a “divorcio convenido” que figura en dos ocasiones, nos suscita la duda de que, quizás, solo pueda hacer uso de tal facultad la esposa cuando, expresamente, así se haya acordado en el contrato matrimonial o bien se acuerde con posterioridad, o en el acto del inicio del divorcio su marido acepte al mismo, aunque discrepe en cuanto al importe de lo ofrecido. De lo que se infiere que, de primar esta interpretación, la facultad de divorciarse sin causa le está vedada a la mujer si no cuenta con la voluntad del marido. Ni siquiera, pagando por su libertad, el importe que establece el meritado precepto.

IV. El ejercicio del repudio en códigos tradicionales

38. Tal como hemos indicado, así como el bloque anterior aglutina a los tres códigos más modernos y en los que el legislador ha tratado, con mayor o menos éxito, de apartarse de enfoques excesivamente tradicionales en torno a la familia, en este solo trataremos dos textos de entre los muchos, actualmente en vigor, y que presentan similares características. Ciertamente, y con matices, son regulaciones emblemáticas y no difieren sustancialmente de las de los demás países que pudiéramos englobar en este grupo (por cierto, muy numeroso).

1. Código de familia de Jordania

39. Acompasado a la tradición coránica y pegada a ella, el Código jordano, el más moderno de los tres analizados en cuanto a su fecha de publicación (2010)²⁵, se refiere al repudio, como forma de disolución del matrimonio, sin incluir ningún control previo ni posterior. Simplemente, el art. 97 contempla la obligación del esposo de “registrar su repudio y su revocación ante el juez” remitiéndose al Código penal si incumpliera esta obligación²⁶. Una vez el repudio o la revocación de este fuera registrado, la esposa deberá de ser informada en el plazo de una semana desde que el registro tuviera lugar. De la dicción de la norma se desprende que esta intervención judicial posterior lo es solo a efectos de publicidad y de notificación a la afectada, sin que el juez ejerza ningún tipo de función o control durante su sustanciación.

40. Puesto que existe una plena libertad de forma, el texto dedica varios preceptos (arts. 80-96) a establecer con detalle los requisitos de capacidad y el contenido de la declaración de voluntad que da curso al repudio. Ciertamente, en este escenario de libertad sin control judicial previo ni durante el ejercicio del derecho natural del esposo a dar por finalizado el vínculo conyugal, es necesario que el legislador atienda a regular con minuciosidad la forma válida en el que tiene lugar su ejercicio.

41. Aunque no añade ninguna especialidad en orden a la capacidad requerida para repudiar válidamente, el legislador se muestra particularmente meticuloso a la hora de concretar el grado de voluntariedad de la declaración de voluntad de no continuar con la relación conyugal. A parte de prescribir que carece de capacidad la persona que tenga perturbada ocasional (borracho, coaccionado, desvanecido, dormido) o de forma permanente (incapacitado o enajenado) sus facultades volitivas, lo que excluye la

²⁵ Utilizamos la traducción de RUIZ ALMODÓVAR, C., “El nuevo código jordano de estatuto personal”, *Meha*, sección árabe-islám, nº 61, 2012, pp. 173-225.

²⁶ “Cualquier persona que infrinja esto, será castigada a las penas estipuladas para ello en el Código penal”

validez de su declaración, el art. 86 incluye un grupo más: el consternado, que define en la letra b) del meritado precepto con las siguientes palabras: “El consternado es aquel al que domina un trastorno en sus dichos y hechos como resultado de un enfado u otra causa de manera que le saca de su costumbre”. De esta dicción se deduce que este grupo está representado por cualquier persona que actúa bajo un arrebató colérico o de ira, lo que convierte en muy numerosas las personas que lo integran. Dicha extensión permite constreñir el número de capacitados para ejercer el repudio, evitando que este tenga lugar válidamente en el marco de una disputa conyugal en la que no es extraño se generen episodios de cólera.

42. La libertad de forma referida justifica que el repudio se ejercite de forma oral, escrita e, incluso, por medio de signos (art. 83). Lo único que exige la norma es que, si no se expresara o se detectara la intención, las palabras deben ser inequívocas del acto realizado; en cambio, no es necesario dicha expresividad si se hace de forma alusiva siempre que quede clara la intención de repudiar²⁷.

43. Nótese que el repudio no es, como pudiera pensarse, un derecho personalísimo o *intuitu personae* frente al que no cabe la delegación que propicie su ejercicio por terceras personas mediante el mecanismo de la representación. Por el contrario, el art. 85 a) expresa que el repudio puede llevarse a cabo por un tercero o, incluso, por la propia esposa, previo otorgamiento de poder para ello por el titular del derecho. El segundo caso puede considerarse como un repudio por parte de la esposa al que hemos hecho ya referencia al analizar la normativa de otros países. En este sentido, el código marroquí, por ejemplo, diseña un marco normativo que permite a la esposa disponer del derecho a repudiar al marido en igualdad de condiciones, siempre que este, previamente, se lo hubiera concedido y ella, lógicamente, hubiera aceptado. La diferencia es más de matiz que de contenido, ya que el acuerdo del Código marroquí o del argelino necesario para que la esposa se encuentre capacitada para ejercer el repudio, es el poder a que alude el Código jordano. En ambos casos, el consentimiento del titular se muestra como imprescindible y puede manifestarse en el contrato matrimonial o en cualquier momento posterior a este.

44. Finalmente, también se admite la condicionalidad del repudio, a no ser que la condición impuesta por el esposo sea inaceptable, por imposible o infrecuente (art. 88).

45. En relación a la revocación del repudio, y como es común a la normativa de familia islámica, una vez más, la voluntad de la mujer queda preterida frente a los deseos del marido a, en este caso, reanudar el vínculo que él había roto con anterioridad, siempre que lo haga en el periodo de espera. Desde una perspectiva de género, creo que sobran todos los comentarios...

46. Por otra parte, el divorcio retribuido, al que se dedican los arts. 102-113, presenta una naturaleza jurídica que se asemeja a la del divorcio de mutuo acuerdo pues, en su definición, se hace hincapié en recalcar la existencia de ambas voluntades en proceder a la ruptura y al importe de la compensación²⁸. Dado el peso importante de la compensación que ofrece la esposa es requisito indispensable para su validez, no solo la capacidad de ambos cónyuges para consentir, sino también la capacidad de la mujer de poder disponer del patrimonio en el que fija la indemnización o de renunciar a posibles derechos económicos (art. 103, a)).

47. Es de observar que, para que proceda el ejercicio del repudio retribuido en los términos expresados, el consentimiento del marido se encuentra mediatizado a que considere suficiente o satisfactoria la indemnización ofrecida por la esposa, no pudiendo ser obligado a recibir cosa o bien alguno, aunque este fuera de una entidad suficiente. De hecho, no se contempla tal posibilidad en la normativa.

²⁷ El art. 90 precisa, aún más, y dice: “El juramento con palabras tales como contra el repudio, contra lo prohibido y otras similares no producirá el repudio mientras que la fórmula del repudio no incluya referencias a la esposa o se refiera a ella y la intención de realizar el repudio”.

²⁸ Art. 102: “El repudio por compensación es el repudio del esposo a su esposa a cambio de una compensación con la que estén de acuerdo con palabras tales como repudio por compensación, repudio, acuerdo mutuo de divorcio u otras de similar sentido”.

48. La libertad para acordar la retribución del repudio es muy amplia, de manera que no se pone ningún límite a que la retribución consista no solo en el abono de una cantidad o en la entrega de bienes, sino también en la renuncia de derechos económicos que a la esposa pudieran corresponderle²⁹. Que renuncie al pago de la dote debida (si no se hubiese abonado en todo o en parte) e, incluso, a la indemnización que pudiera corresponderle si el marido la repudia arbitrariamente, se justificar por el interés privado que subyace en dichos emolumentos. Lo que llama mucho la atención es el contenido de los arts. 110³⁰ y 111³¹ que posibilitan poder introducir en la negociación la remuneración de la *hadana* y el salario de lactancia, prestaciones que, en cierta medida, se encuentran dirigidas al interés del menor. Incluso que renuncie a la custodia, asumiéndola el progenitor, y ahorrándose éste, por consiguiente, su remuneración.

2. Código de familia de Emiratos Árabes

49. De forma muy semejante al Código jordano, y sustentado en idénticos principios patriarcales, el Código de los Emiratos Árabes contempla el ejercicio del repudio por parte del varón sin control previo alguno. En este sentido, se admite el repudio, incluso, en forma oral (art.99 2): “El repudio se realizará de forma oral o por escrito y el incapaz de ello por signos inteligibles”³²) sin que se exija formalidad alguna en orden a la expresión de su emisión. La revocación, asimismo, adopta igual formalidad, reproduciendo el art. 109 el texto del art. 99.2. Es de comentar que el meritado art. 109 añade “asimismo se realizará con la intención”, lo que supone que es posible la revocación tácita del repudio que tiene lugar cuando el esposo, simplemente, expresa de cualquier forma, sin mediar palabras o signos, que ha decidido reanudar las relaciones conyugales. El párrafo 2) alude a la “legalización” de la revocación; interpretándose co-honestada con la “legalización” del art. 106, debe ser entendida como una comunicación al juez de cara a reconocerle eficacia jurídica (pero no a otorgársela) y publicitarla, pero no como requisito de validez. Sí lo es, en cambio, obviamente, la información de la revocación a la esposa, sin que se exija formalidad alguna a la misma, por lo que podrá considerarse cumplida con la mera manifestación de la intención.

50. Como hemos apuntado para la revocación, de la dicción del art. 106 se colige que la intervención del juez, a los efectos de dar eficacia jurídica a la declaración de voluntad que constituye el repudio, no tiene un carácter imperativo o necesario del que dependa dicha eficacia. Así, es posible que el esposo repudie mediante declaración judicial realizada ante el juez o legalizada en un momento posterior, o, simplemente que el repudio tenga lugar en un espacio doméstico o privado. En este último supuesto, si fuera preciso reconocer efectos jurídicos a tal situación para determinar la fecha del repudio se otorgaría la fecha de la solicitud del reconocimiento, a no ser que el Tribunal determine una fecha anterior como consecuencia de los indicios o pruebas aportadas.

51. Se refiere expresamente este Código al repudio de la mujer y al retribuido, las dos variantes de repudio que permiten a la mujer dar por finalizado el matrimonio sin alegar causa alguna.

52. El art. 100, en orden a determinar los sujetos legitimados para repudiar dice, textualmente: “El repudio lo realizará el esposo, su representante con un poder especial y la esposa si el esposo le ha otorgado dicho poder”. De lo que se infiere que, aun en el caso que sea la esposa la que ejercite el re-

²⁹ Art. 105: “Todo lo que legalmente constituya una obligación servirá como compensación en el repudio por compensación.”

³⁰ Art. 110: “a). Si en el repudio por compensación se estipula que la madre realice la lactancia o la custodia del hijo sin remuneración o lo mantenga durante un período determinado y no cumple lo que está obligada a hacer, el padre podrá recuperar de ella el equivalente a la manutención del hijo o a la remuneración de la lactancia o de la custodia durante el tiempo restante. En caso de que fallezca el hijo, el padre no podrá recuperar nada de esto por el tiempo transcurrido después del fallecimiento. b). Si la madre repudiada por compensación es insolvente en el momento del repudio por compensación o llega a serlo después, el padre estará obligado a mantener al hijo siendo una deuda a cargo de la madre.”

³¹ Art. 111: “Si en el repudio por compensación el hombre estipula que conservará a su hijo durante la custodia, el repudio por compensación será válido y la condición será nula. La custodiante entonces podrá reclamar su manutención únicamente”

³² Vamos a utilizar la traducción de Ruiz Almodóvar, C., “El Código de estatuto personal de Emiratos Árabes Unidos (I)”, *Meha, sección árabe-islam*, 63 (2014), 287-317.

puddio, ese derecho no le pertenece, sino que lo hace como consecuencia del poder que su marido le ha concedido. El matiz es importante, pues ello implica que, cuando en el contrato matrimonial se incluye una cláusula que faculta a la esposa a dar por finalizado el matrimonio por su mera voluntad, no tiene lugar, en su virtud, un cambio de titularidad, que continúa residiendo en su esposo. Para legitimar jurídicamente tal posibilidad se aclara que, si ella ejercitara el repudio, lo haría por haber sido dotada de un poder a tal fin por el titular natural del derecho. De forma semejante a la regulación del Código jordano, con el que guarda muchas similitudes.

53. Al repudio por compensación (así lo llama la norma) le dedica el capítulo 2º compuesto por dos preceptos que condicionan su procedencia a la constatación de un doble consentimiento del esposo: a divorciarse y a recibir la compensación ofertada por ella. Así es definido por el legislador como “un contrato entre los cónyuges en el que lleguen a un mutuo acuerdo para poner fin al contrato matrimonial con la compensación que ofrezca la esposa o sin ella” (art. 110,1)).

54. No obstante la definición transcrita, la norma contempla la posibilidad de que el repudio pueda prosperar sin la aceptación del marido de la cantidad ofertada, aunque no sin que este acepte el repudio. En este sentido, el párrafo 5 del art. 110 se refiere al conflicto de intereses sobre el importe de la compensación ofrecida por la esposa cuando esta es, sistemáticamente, rechaza el varón. Si dicho rechazo se califica como “obstinación” y “se teme que no se cumplan los límites impuestos por Dios” la norma habilita al juez a dictaminar el divorcio fijando *motu proprio* la cantidad que debe proceder a abonar la mujer en concepto de compensación. Sin embargo, conforme al redactado del art. 110, no parece que el divorcio por compensación sea un derecho de la esposa que le permita liberarse del vínculo matrimonial de forma general; pues para que ello suceda es preciso el acuerdo previo, bien en el contrato matrimonial, bien en un momento posterior. Lo que veda es la imposición por parte de la esposa del repudio por compensación contra la voluntad del esposo de divorciarse al estar restringida la aplicación del citado párrafo 5 a la existencia de un acuerdo sobre la viabilidad del divorcio retribuido y versar el conflicto que la regla resuelve a la negativa injustificada a recibir la retribución (y no a no admitir el divorcio retribuido como fórmula de disolución).

V. Las consecuencias patrimoniales del repudio en los códigos más modernos

55. El segundo eje vertebrador sobre el que edificamos este discurso se localiza en el análisis de las consecuencias patrimoniales previstas para la disolución del matrimonio, derivadas del ejercicio del repudio en cualquiera de las modalidades permitidas en la *sharia*: *talaq*, por iniciativa del varón, *tamlik*, por iniciativa de la esposa y retribuido *khol* o *j'ul*. Este estudio pormenorizado de los derechos patrimoniales generados por la ruptura constituye un indicativo clave para percibir el grado de desigualdad de la mujer en las relaciones familiares y su posición en el matrimonio. De todos es sabido que la implementación de la igualdad en un ordenamiento jurídico va acompañada de una regulación específica de los derechos económicos que surgen a favor de la persona más desfavorecida con la ruptura. Pues, el hecho de respaldar dicha posición introduce cotas de libertad reforzando la posición del cónyuge y facilitándole el ejercicio de acciones tendentes a salir de la relación conyugal. En sentido contrario, el matrimonio, destino final para la mujer en una sociedad que le asigna el rol de esposa y madre, se convierte en una jaula de la que la esposa carece de llaves para salir.

56. El planteamiento descrito excluye cualquier consideración sobre los derechos económicos de los hijos, centrando nuestro análisis en las relaciones horizontales patrimoniales tras la ruptura. Comenzaremos este análisis por los códigos más modernos.

1. Código de familia de Túnez

57. El Código tunecino nos regala un planteamiento moderno de esta materia en el art. 31 que regula sobre las consecuencias patrimoniales de carácter horizontal que tienen lugar cualquiera que

fuera la modalidad en la que se ha incardinado la crisis conyugal: demanda por perjuicio o repudio bidireccional, al que ya nos hemos referido, excluyendo de tales efectos, obviamente, al divorcio de mutuo acuerdo. Sin embargo, dicha generalidad, que no nos permite diferenciar, como en los otros Códigos, entre consecuencias patrimoniales generales de aquellas otras propias del repudio, no nos impide apreciar la existencia en su articulado de consecuencias patrimoniales propias de la tradición islámica. Ello es así porque no podemos soslayar el hecho de que Túnez es un país islámico confesional, lo que justifica la inclusión en la legislación que se ocupa de las relaciones familiares de algunas instituciones tradicionales como el periodo de espera o el salario de lactancia que figuran con claridad el Corán.

58. En este sentido, el art. 34 regula el periodo de espera de forma muy semejante a como lo hacen los códigos de otros países islámico. Este deberá ser respetado por toda mujer divorciada o viuda si hubiera consumado el matrimonio y le prohíbe, temporalmente, contraer matrimonio (arts. 14 y 20). Durante dicho periodo tendrá derecho a ser alimentada a cargo de su marido en los términos transcritos en el art. 38.

59. A diferencia del periodo de espera, el salario de lactancia no aparece en el texto acomodado a la tradición islámica. Pues no se trata de pagarle una cantidad económica a modo de pensión a la madre lactante mientras cumpla dicha función (muy valorada, por cierto, en la religión islámica), sino todo lo contrario: “el padre tendrá que ocuparse de los asuntos de la lactancia, según lo exija el uso o la costumbre, si es imposible a la madre amamantar al hijo” (art. 48). Ese “ocuparse” del precepto deberá interpretarse como sufragarle económicamente los gastos de la lactancia artificial, lo que incidirá en un mayor incremento de los alimentos debidos, o, en su caso, contratar a un ama de cría para que el menor sea alimentado de forma natural. De hecho, el citado precepto se ubica en el apartado dedicado a los alimentos debidos, que nada tiene que ver con la naturaleza compensatoria del salario de lactancia y, en cierta medida, incitador a que la madre cumpla con esta función.

60. También se aparta de la tradición islámica en la eliminación del carácter retributivo de la custodia que se sustituye por el carácter indemnizatorio, más acorde con una visión moderna y actual de la institución. La exclusión del carácter remuneratorio queda evidenciada en el art. 65 que dice: “La mujer que tenga la custodia no recibirá remuneración excepto por el servicio de los asuntos del custodiado, la preparación de comidas y el lavado de las ropas, según la costumbre”.

61. Salvando, pues, estas tres partidas económicas (pensión de alimentos durante el periodo de espera, salario de lactancia cuya finalidad es alimenticia del menor e indemnización por el ejercicio de la custodia) de escasa trascendencia por su temporalidad y por su cuantía, el foco de este análisis se localiza en el art. 31, cuyo párrafo alusivo transcribo, a continuación: “Se impondrá al cónyuge que cause perjuicios una compensación por el perjuicio, material y moral, origen del divorcio en los casos previstos en los precedentes apartados segundo y tercero. Con respecto a la mujer, se le compensará por el perjuicio material con una pensión que se le pagará, mensualmente, después de finalizar el plazo legal de espera y con la subrogación en este domicilio según acostumbrara a vivir durante la vida conyugal. Esta pensión será susceptible de revisión para aumentarla o disminuirla según los cambios que acontezcan y se mantendrá hasta que la separada fallezca, cambie su situación social por un nuevo matrimonio u obtenga algo en compensación por la pensión. Esta pensión se convertirá en una deuda a cargo del caudal hereditario (tarika) en el caso del fallecimiento del separado, liquidándose entonces de mutuo acuerdo con los herederos o por sentencia con el pago de su importe de una sola vez en la que se tendrá en cuenta su edad en esa fecha. Todo eso mientras no se elija compensarla por el perjuicio material en forma de capital que se recurrirá a un solo pago.”

62. De una primera lectura y conforme al dictado literal del precepto cualquiera de los cónyuges tiene derecho a ser indemnizado por aquel que le hubiera causado un perjuicio patrimonial o moral, bien porque fuera el culpable del perjuicio que causa el divorcio, bien porque el perjuicio tiene su origen en el ejercicio del repudio de forma arbitraria; pues el texto no diferencia por género a la hora de establecer

la obligación. No obstante, tras esta declaración, el legislador distingue por sexo (solo la mujer) y por tipo de daño (solo material, excluyendo el moral), para especificar que la indemnización por el perjuicio material que pudiera corresponderle se abonará, si ella lo deseara, en forma de pensión vitalicia mensual. La facultad de elegir el pago como pensión o entrega de un capital, se colige de la última frase de la norma que expresa tal posibilidad. En consecuencia, solo la mujer tiene derecho a recibir la indemnización por los perjuicios materiales a modo de pensión, lo que no excluye la indemnización por daños morales que se recibiría, de apreciarse, en un solo pago.

63. No obstante, la norma no excluye al varón como beneficiario de una prestación de similares características a la descrita para la esposa, si así lo acuerdan los cónyuges. Tampoco veo obstáculo a que el juez la imponga, si apreciara circunstancias para ello. La diferencia estriba en que la esposa tiene derecho a que la indemnización por pérdidas materiales adopte la forma de pensión, y si lo solicitare el juez debe así establecerla, y que, si fuera el esposo el solicitante, quedará en criterio del juzgador proceder de tal forma. Obviamente, en este marco de libertad, propio de una prestación de naturaleza indemnizatoria (y no asistencial) y que sirve a un interés privado sería admisible cualquier acuerdo sobre el pago de daños morales, incluso, a modo de pensión para los miembros de la pareja.

64. La forma de definirse la pensión que indemniza los perjuicios materiales derivados de la ruptura se asemeja a las prestaciones compensatorias presentes en los Códigos europeos y, en el español, a partir de 1981. Así se configura como una prestación vitalicia (como lo fuera la española hasta la Ley 15/2005 8 de julio que introdujo la temporalidad como una opción para los aplicadores del Derecho en función de las circunstancias concurrentes), puede perderse por nuevo matrimonio y se transmite *mortis causa* a los herederos del deudor; aunque, si esto último acaeciera, se sustituye por el pago de una cantidad o entrega de bienes del patrimonio hereditario atendiendo, para su capitalización, a la edad de la perceptora.

65. La modernidad del planteamiento de las prestaciones económicas derivadas de la ruptura descrita, salvando la tradición, e inspirándose el legislador tunecino en las normas occidentales es plausible e indica el camino por el que pueden (o deberían) discurrir los demás cuerpos normativos de los países islámicos.

2. Código de familia de Marruecos

A) Consecuencias económicas para toda clase de ruptura

66. Fiel a la tradición coránica³³ el Código de Familia, al igual que los otros textos analizados, mantiene una arcaica institución como es el período de espera o *idda* (arts. 129 a 137). Durante los meses en que este se extiende la mujer tiene derecho a estar atendida a cargo del marido, lo que implica el reconocimiento de un derecho de alimentos que incluye el derecho a disponer de un alojamiento en el domicilio familiar o en otro cualquiera que le hubiese sido asignado (generalmente, en el domicilio de los parientes).

67. Este derecho a que se le facilite una vivienda durante el período de espera que el propio texto legal señala que debe recaer en la que fuera, hasta ese momento, el domicilio conyugal, convierte la medida en lo más parecido a la atribución del uso de la vivienda familiar de nuestro Código Civil.

³³ Sura, 65, 1: “¡Profeta! Cuando repudiáis a las mujeres, ¡hacedlo al terminar su período de espera!; Contad bien los días de ese período y temed a Alá vuestro Señor!; No las expulséis de sus casas ni ellas salgan, a menos que sean culpables de deshonestidad manifiesta!...”; Sura 65:2: “Cuando llegue a su término, retenedlas decorosamente o separaos de ella decorosamente ...”; Sura 65: 4: “Para aquellas mujeres que ya no esperan tener la menstruación, si tenéis dudas, su período de espera será de tres meses; lo mismo para las impúberes. Para las embarazadas su período de espera terminará cuando den a luz ...”; Sura 33, 49: “... Si os casáis con mujeres creyentes y, luego, las repudiáis antes de haberlas tocado, no tenéis por qué exigirles un periodo de espera...”

Efectivamente, la norma le concede a la esposa el derecho a permanecer en dicha vivienda, aunque no de forma absoluta, pues contempla la opción de que el período de espera se cumpla en otro domicilio designado al efecto. La cuestión radica en precisar quién toma la decisión al respecto y sobre qué argumentos. Dada la naturaleza y la finalidad del período de espera, me inclino a afirmar que el precepto contiene un criterio preferente de atribución; es decir, en circunstancias “normales”, el período de espera debe realizarse en la vivienda familiar, debiendo, pues, abandonarla el ex cónyuge mientras se cumple el plazo. Sólo si la mujer lo solicitara y los parientes consistieran, podrá cumplirse en otro domicilio, criterio, pues, éste subsidiario del primero.

68. Ligada a la existencia de menores sometidos a la custodia (*hadana*) tras la ruptura de sus progenitores, se encuentra otra consecuencia económica de la ruptura, cual es la remuneración de dicha custodia. Así, la persona que se encarga del cuidado de los menores (la madre, padre, abuela materna y otros parientes, en este orden), tiene derecho a percibir una cantidad económica cuya finalidad consiste en compensarle por el desempeño del cuidado y atención de los menores a su cargo³⁴. Dicha remuneración sólo tiene lugar cuando el matrimonio se ha disuelto definitivamente. De ahí el sentido del art. 167.2 que excluye este derecho económico durante la relación conyugal y durante el período de *idda*, cuando éste tiene lugar después de un divorcio revocable. El último supuesto manifestado en la norma tiene sentido ya que el derecho musulmán se muestra reacio a aplicar las consecuencias económicas del matrimonio al matrimonio revocable.

69. De acuerdo con la regla que establece la preferencia de la madre frente al padre, el obligado a pagarla, con carácter general, es el padre. Ahora bien, en caso de que la *hadana* fuera asumida por persona distinta de la madre, y el padre careciera de patrimonio suficiente debería retribuirla la madre en todo o en la parte de la cuantía que no alcanzan los medios del progenitor. Al ser la madre preferente al padre es implanteable el supuesto de padre que ejercita la *hadana*, sin medios económicos, y madre que abona al padre la pensión remuneratoria de la custodia.

70. Finalmente, cerramos el apartado relativo a las consecuencias económicas generales con la partida conocida como salario de lactancia. Esta cantidad a la que tiene derecho la madre lactante divorciada y mientras cumpla esta función, también tiene su justificación en la tradición islámica³⁵, y alude a ella el art. 201³⁶. No es, propiamente dicha, una cantidad de la que sólo es acreedora la mujer, pues es posible que recaiga en otra persona, si es ésta la que cumple tal función; aunque, por razones elementales, lo normal es que sea la madre.

71. El “lactante” beneficiario es la madre (u otra persona) que alimenta naturalmente al hijo mientras dure tal situación., ya que, en caso de lactancia artificial, los gastos se cubrirían por medio de la pensión alimenticia a la que el hijo tiene derecho.

72. No prevé la legislación marroquí la procedencia de este emolumento durante el período de espera, sólo indica que no surge el derecho durante el matrimonio. De una interpretación literal, y, habida cuenta que durante el período de espera el matrimonio ya está disuelto como consecuencia del divorcio, la afirmación es obvia: existe el derecho de percibir el salario de lactancia desde el momento del divorcio y, por tanto, durante el período de espera también. Sin embargo, convendría hacer alguna matización al argumento esgrimido, no del todo acertado. Tal y como hemos visto, en el período de *idda* es posible apreciar alguna consecuencia económica del matrimonio y, asimismo, no apreciar alguna otra propia del divorcio. Quizás la clave a este interrogante se encuentre en precisar su naturaleza jurídica. Si

³⁴ La custodia (*hadana*) y la tutela (*wilaya*) son instituciones diferentes. La *hadana* se refiere al cuidado del menor, su vigilancia y atención; en cambio, la *wilaya* alude a la autoridad sobre el menor, la toma de decisiones sobre su futuro.

³⁵ Sura 65, 6: “... Si están embarazada proveedles de lo necesario hasta que den a luz. Si la criatura que crían es vuestra, retribuidles como es debido y llegad a un acuerdo decoroso ...”

³⁶ Art. 201: “La remuneración por lactancia recae sobre la persona obligada a mantenerle”.

observamos su ubicación, el legislador lo incluye dentro del apartado titulado “De la manutención de los hijos”, donde se regula el derecho de alimentos. Efectivamente, la mujer madre tiene derecho a percibir la prestación económica, como consecuencia de la labor de lactante que lleva a cabo, por lo que comparte la naturaleza jurídica de la obligación de prestar alimentos a los hijos, lo que justifica la aplicación analógica de su régimen jurídico. Ello nos conduce a afirmar que, al igual que sucede con el derecho de los hijos a recibir una pensión alimenticia de su padre, y sólo subsidiariamente de su madre, el salario de lactancia tiene su causa la sentencia de divorcio y debe percibirse durante el período de espera. Si continuamos abundando en la aplicación analógica del régimen jurídico de los alimentos debidos a los hijos, pudiera resultar que, nacido el derecho a favor de un tercero que desempeña la función de lactante, ante la insolvencia del padre, deudor principal de la obligación, debiera responder, de forma subsidiaria, de su abono el patrimonio de la madre. El hecho, pues, de compartir, a nuestro juicio, la naturaleza jurídica del derecho de alimentos debidos a los hijos, permite llegar a esta solución. Si, en cambio, se hubiera optado por asimilarlo con la retribución de la *hadana*, entendiendo, la lactancia, cuando la desempeña la madre guardadora de los menores, como una función más de dicha *hadana*, la solución a la que se llegaría sería distinta, ya que no existe obligación de remunerar la *hadana*, durante el período de *idda*, cuando éste resulta de un divorcio revocable³⁷.

B) Consecuencias económicas propias del repudio

73. El texto marroquí dispone en su articulado consecuencias económicas derivadas del repudio, tendentes a garantizar la posición de la mujer y evitar la arbitrariedad en el uso de su marido de esta facultad. Dichas cantidades, dice el art. 83, deberán ser depositadas en el Tribunal en un plazo establecido y si no lo hiciera el art. 86 estipula que “se considera que ha abandonado su deseo de repudiar y así se certificará por parte del Tribunal”.

74. El art. 84 le reconoce a la esposa repudiada una cantidad en concepto de indemnización que, en verdad, no puede ser calificada como una partida novedosa, pues ya figuraba en el texto anterior, y, cómo no, tiene su fundamentación en el Corán³⁸. Aunque la partida en sí carece de originalidad, sí la tiene su redacción y la sistematización clara que hace el legislador sobre los criterios que debe utilizar el juez para fijar el importe de la misma. En este sentido, el citado precepto se refiere a cuatro criterios: duración del matrimonio, situación económica del marido, causas del repudio (si las hubiere) y la arbitrariedad del marido en el uso del derecho al repudio. La indemnización a que alude la norma no asume la modalidad de “pensión”, aunque pudiera abonarse a plazos, si así lo estima el Tribunal. Es una cantidad total y única en la que el órgano judicial fija el perjuicio causado a la mujer, y, jurídicamente, se justifica por el carácter contractual del matrimonio que se rompe por la voluntad de una de las partes. El Código marroquí permite una moderación de la cantidad indemnizatoria en función de la existencia de causa justificativa del ejercicio del varón de su derecho de repudio. De esta forma el repudio unilateral sin causa se convierte en una forma de resolución “cara”, que se abarata si se acredita la concurrencia de motivo o causa que justifique la decisión. Una interpretación acorde con el sentido indemnizatorio de las partidas que menciona el citado art. 84, nos invita a concretar que sólo las causas que tengan origen en un inadecuado comportamiento de la esposa podrán moderar la cantidad a favor del marido, ya que si las causas estuvieran relacionadas con incumplimientos del marido de deberes conyugales si bien no paralizarían el repudio, tampoco actuarían en la fijación de la indemnización. De todas formas la canti-

³⁷ . A esta asimilación entre *hadana* y salario de lactancia se puede llegar desde la interpretación del término *hadana* como “crianza” (Véase ESTEBAN DE LA ROSA, G *Nuevo Código de Familia marroquí...*, cit., p. 101). No es posible, en cambio, asimilarlo al derecho de alimentos de la esposa, pues éste acaba con el matrimonio, momento en el que nace la obligación de pago del salario de lactancia.

³⁸ Sura 2, 236: “No hacéis mal en repudiar a vuestras mujeres mientras aún no las hayáis tocado o asignado dote. Proveedles, no obstante, como se debe, el acomodado según sus posibilidades y el pobre según las suyas. Esto constituye un deber para quienes hacen el bien”. Sura 2, 241: “Hay que proveed a las repudiadas como se debe. Esto constituye un deber para los temerosos de Alá”.

dad indemnizatoria del art. 84 es, de hecho, una “consolación”, habida cuenta lo exiguo de la misma y, en modo alguno, le permitirá a la ex esposa rehacer su vida si carece de patrimonio propio³⁹.

75. Si es la mujer la que repudia al esposo, ejercitando el derecho por él concedido, no pierde los derechos económicos que le reconoce el art. 84 por la remisión del art. 89 a los ya comentados arts. 84 y 85. Una diferencia: el repudio de la mujer es irrevocable, por lo que no tiene derecho a ser alimentada durante la *idda*, que debe cumplir en el domicilio conyugal o en el de algún pariente, y sí a percibir la remuneración de la *hadana*, si hubiera lugar.

76. En el caso de la disolución matrimonial conocida como repudio retribuido (*jol'* o *khul*), la esposa puede renunciar a las cantidades económicas a las que pudiera tener derecho, en concepto de pago indemnizatorio (ya que la indemnización, como la dote, con la que, ciertamente, goza de gran paralelismo, no tiene que recaer sobre bienes concretos porque, y tal y como dispone el art. 118 CF, cualquier cosa que pueda ser objeto de obligación “podrá servir válidamente como contrapartida en el divorcio consensual”), en cuyo caso el divorcio carecería de consecuencias económicas para ella⁴⁰. Ahora bien, dicha renuncia no puede recaer sobre posibles consecuencias económicas de las que la mujer se beneficia relacionadas con el cuidado de sus hijos (así, la remuneración de la *hadana* o el salario de lactancia que quedarían fuera de todo pacto). Como divorcio irrevocable, la mujer no tiene derecho de alimentos durante el período de *idda*.

77. A fin de evitar el fraude que podría cobijarse bajo esta modalidad de divorcio el art. 117 contiene una previsión al respecto. Efectivamente, es posible que el que marido desee repudiar a su esposa y evitar el pago de la dote debida, íntegra o parcial, según lo acordado (lo que le impide el art. 84 que condiciona para que prospere la acción de repudio a que esta cantidad quede depositada judicialmente) y presione a su esposa para que ejercite esta forma de divorcio. En este caso, la norma establece que prospera el divorcio, pero el esposo debe devolver a su mujer la cantidad que ésta le había abonado en concepto de indemnización⁴¹.

3. Código de familia de Argelia

78. El Código de familia de Argelia se caracteriza por la unificación del régimen jurídico de las tres formas de divorcio que contempla el art. 48: el repudio del varón, mutuo acuerdo y a instancia de la esposa concurriendo alguna de las causas señaladas. De ahí que no podamos distinguir según las consecuencias sean propias del repudio o comunes con otras formas de disolución, ya que el propio texto no lo hace.

79. Durante el periodo de espera, los derechos económicos que se generan a favor de la esposa son los mismos que figuran en los códigos de familia que estamos analizando: derecho a ser mantenida y derecho a residir en la vivienda familiar. Sin que se añada ningún matiz ni variante digno de ser comentado.

80. En orden a las consecuencias de la ruptura transcurrido el periodo de espera, de la regulación se desprende con claridad que la mujer, que no el varón, tiene derecho a una compensación económica de carácter indemnizatorio del daño sufrido por el divorcio. Así lo prescribe el art. 52: “Si el juez cons-

³⁹ QUINONES ESCAMEZ, A., “La disolución del matrimonio”, *cit.*, p. 139.

⁴⁰ ESTEBAN DE LA ROSA, G *Nuevo Código de familia...*, *cit.* p. 78. Muchos autores lo clasifican como una forma de repudio, a nuestro entender, más acorde con su naturaleza jurídica. Si entendemos por repudio la posibilidad de resolver el contrato matrimonial de forma unilateral, sin necesidad de consentimiento alguno, sólo es “repudio” el efectuado por el marido, que ejercita de esta forma un derecho natural y propio. De forma más extensa, el repudio de la mujer y el retribuido, lo serían por delegación o consentimiento del esposo, aunque, de facto, la mujer, una vez autorizada o delegada para ello, resuelve el matrimonio por su decisión unilateral. Así, califica esta modalidad de resolución como repudio, PANSIER, F. /GUELLATY, K., *Le Droit musulman*, Kindle, Paris, 2000, pp. 72 y 73.

⁴¹ De forma semejante en el art. 63 del texto derogado.

tata que el esposo ha usado el divorcio de forma abusiva, concederá a la mujer divorciada la indemnización por el daño que ella ha sufrido”. En consecuencia, si la ruptura tiene su causa en el repudio de su esposo, solo si este fuera “abusivo” nacería el derecho a reclamar la indemnización por daños aludida. La interpretación de la “abusividad” del repudio constituye la clave para discernir si este es un derecho factible o, por el contrario, reservado a situaciones muy extremas. Alineado con la modernidad a la que aspira el legislador, lo coherente es relacionar “abusividad” con existencia de comportamiento reprobatorio de la esposa que pudiera justificar el deseo del marido de abandonarla; lo que nos conduce a afirmar que, si no existe una causa o motivo, el repudio del varón debe llevar aparejada la indemnización de los daños sufridos a una mujer que no merece ser apartada por haber observado una conducta prudente y modesta como establece la *sharia*.

81. Conectado con la custodia de los menores que recaer, en primer lugar, en la madre (art. 64), se consagra el derecho de la custodiante de ser provista por el progenitor de una vivienda “apropiada para el ejercicio de la custodia, y si esto es imposible deberá pagar el alquiler”; pudiendo continuar en el domicilio familiar “hasta que el padre ejecute la sentencia judicial relativa a la vivienda” (art. 72).

82. De ello se desprende que el art. 72 contiene dos derechos diferentes; de un lado un derecho a usar la vivienda familiar, provisional, pues pende de la decisión del varón de ejecutar lo que el juez disponga en orden a la titularidad del inmueble (si la titularidad fuera objeto de pleito). De otro, el derecho de la persona que ejerza la custodia (la madre) a ser provista de una vivienda digna y adecuada, cuyo cumplimiento podrá ser exigido ante los tribunales. Este segundo derecho es un derecho *per relationem* en la medida que se encuentra imbricado con la asunción y el ejercicio de la custodia por parte de la madre. Ambos derechos comparten la naturaleza jurídica asistencial con más presencia en el segundo que en el primero, habida cuenta que los menores tienen un derecho a ser alimentados y que facilitarle una vivienda es forma de atender por parte del progenitor no custodio esta obligación.

83. Como quiera que lo habitual será que la propiedad recaiga en el varón, dado que la mujer musulmana suele dedicarse al cuidado del hogar, y, por consiguiente, no genera ingresos que le permitan adquirir bienes de ningún tipo, el art. 72 lo habilita, desde que ejerza el repudio, a ocupar la vivienda (y, por tanto, desahuciar a su ex mujer y sus hijos). Ahora bien, si así procediera, estos no se verían perjudicados ya que, extinguido su derecho de uso, podrán exigir el derecho a la vivienda digna y adecuada que le reconoce la norma.

84. Desde una perspectiva de género la valoración del Código argelino merece una consideración positiva, en la medida que contiene una estructura bien definida (comparado con otros del mundo árabe) sobre las consecuencias patrimoniales de la crisis, amparando a la mujer repudiada al reconocer un derecho a ser indemnizada y articular medidas tendentes a garantizarle un alojamiento gratuito en el que pueda ejercitar la custodia. No obstante, continúan estando presente normas discriminatorias tradicionales que lo sitúan a gran distancia de los parámetros de igualdad a los que aspira.

VI. Las consecuencias patrimoniales del repudio en códigos tradicionales

1. Código de familia de Jordania

85. Como quiera que este es, de los tres textos estudiados, el más apegado a la *sharía*, así también lo es las diferencias que pueden apreciarse entre ambas prestaciones; pues tiene su causa en la tradición islámica el hecho de organizar las consecuencias patrimoniales en función de la modalidad de ruptura en la que tienen su origen. Vaya por delante, no obstante, que, como suele suceder, cuanto menos se respeta la igualdad entre los sexos menor es, también, en detalle y en cuantía, las consecuencias patrimoniales derivadas de la ruptura contempladas en las legislaciones que regulan las relaciones familiares.

A) Consecuencias económicas para toda clase de ruptura

86. Siguiendo el orden del epígrafe anterior, comenzaremos con los derechos económicos de la esposa (que no de la viuda) cuando cumple el periodo de espera a los que el Código jordano dedica los arts. 151 a 154 con una prolija y detallada casuística. De su dictado no parece que esta prestación, necesariamente, deba adoptar la fórmula de pensión, pues el art. 151 establece la obligación de “mantener a la mujer”, precisando en el 152 a) que será “como la manutención conyugal”. Aunque durante el articulado alude en alguna ocasión al hecho de que la mujer tuviera manutención asignada (lo que puede suceder en algunos casos de repudio, como veremos más adelante) que se mantendría durante este periodo, fuera de este supuesto entiendo que cabría la manutención en “especies”. Es decir, hacerse cargo, directamente, de los gastos que dicha manutención precise, al igual que durante el matrimonio. La posición jurídica prevalente del varón presente en la norma, ante el silencio del legislador, nos conduce a afirmar que la opción.

87. Además del derecho a ser mantenida durante el periodo de espera, la esposa tiene derecho a usar la que fuera la vivienda familiar; pero, tampoco goza de ese derecho toda mujer cuyo vínculo matrimonial se hubiera roto, ya que solo es titular del mismo la mujer repudiada con repudio revocable y la viuda. E incluso, en ambos casos, no con idéntico contenido.

88. A saber, si estamos frente a una mujer repudiada con repudio revocable, el derecho de uso implica, a su vez, el deber de permanecer en el domicilio sin estar facultada a abandonarlo excepto en caso de “necesidad”. La viuda, en cambio, goza de una mayor libertad de movimiento, estando este constreñido, únicamente, en el periodo nocturno. Transcribo, a continuación, el art. 15. Un precepto que tanta perplejidad me ha causado, y para el que no tengo más comentario que señalar mi asombro; máxime cuando ha sido redactado en el siglo XXI (2010). Las palabras, en este caso, hablan por sí mismas: “Art. 150. La mujer que esté observando el plazo legal de espera del repudio revocable o del fallecimiento lo cumplirá en la vivienda adscrita a los cónyuges como domicilio antes de la separación. Si ella es repudiada o su esposo fallece estando fuera de su domicilio, volverá a él inmediatamente. La mujer que esté observando el plazo legal de espera del repudio no saldrá de su domicilio excepto por necesidad y si los cónyuges se ven forzados a dejar su domicilio, la mujer que esté observando el plazo legal de espera del repudio se trasladará al otro domicilio que el esposo se encargue de proporcionar en su lugar de residencia o de trabajo. La mujer que esté observando el plazo legal de espera del fallecimiento podrá salir para dedicarse a sus intereses, pero no pernochará fuera de su domicilio y si se ve forzada a dejar su domicilio, se trasladará al lugar más próximo”.

89. En segundo lugar, si existieran hijos menores, y la custodia fuera asumida por la madre (lo que, por otra parte, es el escenario habitual), esta tendría derecho a una cantidad periódica similar a la que el padre debe abonar al custodiado, así como a que se le facilite una vivienda para alojarse con el menor (que no dice la norma deba ser la que fuera la vivienda familiar). Este último derecho decae si la madre o el menor tuvieran una vivienda donde alojarse. Asimismo, el derecho a percibir una cantidad con finalidad alimenticia y no indemnizatoria (pues la norma la asimila a la que percibe el menor con tal objetivo), se extingue cuando el menor cumple doce años o si contrajera nuevo matrimonio. Tampoco existe este derecho durante el periodo de espera, lo cual tiene todo el sentido pues, durante este periodo, la mujer es titular de un derecho a ser mantenida y a ser alojada, esta vez sí en la vivienda familiar⁴².

⁴² Art. 178: “a). La remuneración de la custodia corresponderá al responsable de la manutención del custodiado, evaluándose una remuneración similar para la custodiante con tal de que no exceda la capacidad de quien pague la manutención y se dictaminará desde la fecha de la demanda, subsistiendo hasta que el custodiado cumpla doce años. b). La custodiante tendrá derecho a la remuneración del domicilio de la custodia del custodiado por el responsable de su manutención a menos que la custodiante o el menor tenga un domicilio en el que le sea posible custodiarlo. c). La madre no tendrá derecho a remuneración por la custodia en caso de que permanezca casada o esté observando el plazo legal de espera del repudio revocable.”

90. Finalmente, el art. 169⁴³ se refiere al salario de lactancia cuyo carácter es indemnizatorio y no alimenticio, ya que esta cantidad es compatible con cualquier otra a la que tuviera derecho, conectada con la función de lactante, que tanto predicamento goza en la tradición islámica. La duración de la misma, siempre que se cumpla la función que la justifica, presenta un plazo máximo de dos años”.

B) Consecuencias patrimoniales propias del repudio

91. Solo dedica un precepto, el art. 155⁴⁴, el Código jordano a expresarse sobre la indemnización a la que pudiera tener derecho la mujer repudiada, conectadas al ejercicio arbitrario de ese derecho por su marido. El concepto de arbitrariedad se encuentra ligado a la existencia o no de causa que pudiera justificar ser apartada de las relaciones conyugales cuestión que debe determinar el juez atendiendo a las circunstancias del caso, pues no existe ningún precepto o regla que fije el comportamiento que legitima el repudio.

92. Debemos precisar que la posible indemnización no es ni siquiera automática, ya que requiere el inicio de un procedimiento judicial en el que la actora debe probar que su comportamiento se adecúa a las prescripciones de la *sharia* que, por otra parte, la dirigen a una posición subordinada al varón, recluida en el hogar y asumiendo el rol de esposa y madre al que está llamada. Cualquier desviación de esta pauta pudiera considerarse como legitimadora del repudio. No obstante, está en manos del juez, de su formación moral, más o menos, conservadora u ortodoxa, el concretar si ha existido o no arbitrariedad en el ejercicio del repudio. En este escenario, difícilmente una mujer media repudiada iniciará este procedimiento por lo que, *de facto*, esta prestación no será comúnmente abonada.

93. A pesar de que para su cómputo se tiene en cuenta el importe de la manutención entre un año a tres, según lo estime el juez en atención al grado de arbitrariedad apreciado, este emolumento presenta un carácter indemnizatorio no alimenticio. Sobre la forma de abono, la regla general es el pago íntegro, bien en dinero o en bienes adecuados en valor al importe fijado, y, solo en caso de insolvencia del deudor, se podría fraccionar su pago. Por tanto, no se trata de una pensión delimitada en el tiempo, sino de la compensación por los daños causados a la repudiada que no provocó el repudio con su comportamiento, y que se mide con el parámetro de la manutención porque el legislador entiende que ese es el perjuicio sufrido. Para comprender esta afirmación se debe de partir de la obligación que, según el Derecho islámico, tiene todo esposo de mantener a su esposa mientras subsista el vínculo conyugal. Mantener no es lo mismo que alimentar; pues la manutención no implica necesidad, sino el derecho a vivir a costa de su marido que debe proporcionarle un nivel de vida acorde con sus ingresos y que es independiente del patrimonio o de los ingresos que la esposa pudiera tener. En esta línea, es obvio que la pérdida de dicho derecho por la repudiada al romperse el vínculo matrimonial es el perjuicio que el marido debe indemnizarle, siempre que el repudio no se produzca por una causa que le fuera imputable.

2. Código de familia de Emiratos Árabes

A) Consecuencias económicas para toda clase de ruptura

94. Si algo caracteriza a este texto normativo es su deficiente técnica jurídica lo que dificulta la ubicación y comprensión de los preceptos que en el mismo se contienen. Así, con una sistemática farra-

⁴³ Art. 169: “La madre será la más apta para amamantar a su hijo y se antepondrá a cualquier otra con una remuneración conforme con la situación del responsable de la manutención del niño mientras que no pida una remuneración superior. En este caso el responsable de la manutención no se opondrá, asignándose la remuneración desde la fecha del parto hasta que el niño cumpla dos años si no se desteta antes.

⁴⁴ Art. 155: “Si el esposo repudia a su esposa arbitrariamente, tal como repudiarla sin causa razonable, y la esposa pide al juez la indemnización, dictaminará a favor de ella una indemnización por parte de su repudiador, no inferior a la manutención de un año ni superior a la manutención de tres años, teniendo en cuenta para ello la situación de solvencia o insolvencia del esposo y se pagará globalmente si el esposo es solvente y a plazos si es insolvente. Esto no afectará a los otros derechos conyugales de la repudiada.”

gosa y confusa, se dispersan por el articulado las consecuencias patrimoniales comunes a cualquier tipo de ruptura. Que ya adelante: ni son muchas, ni gozan de una aplicación universal.

95. El último precepto (art. 135) que cierra el capítulo 3º dedicado al divorcio judicial regula las medidas provisionales que puede tomar el juez, mientras se sustancia la demanda de divorcio. De entre estas medidas se alude, expresamente, a la manutención de la esposa. No obstante, ello no puede conducirnos a error, puesto que no se equipara divorcio judicial a repudio ni a repudio por compensación, de lo que se desprende que esta regla no es de aplicación fuera del supuesto específico de divorcio judicial.

96. Durante el periodo de espera al que se ve abocada la mujer repudiada como consecuencia de un repudio revocable (no lo es si el repudio lo fuera por compensación o por ejercitar la esposa el repudio por poder de su marido), tendrá derecho, según el art. 107, a la manutención; partida de presencia habitual en todos los códigos de familia dada la claridad del Corán sobre su implementación. Sobre la forma en que se percibirá por la esposa, parece que adoptará la fórmula de pensión o cantidad alzada, pues el precepto dice, textualmente, “fijando la manutención”; lo que parece excluir el pago en especies o de forma directa de los gastos que se generen, como sucede durante la vida conyugal.

97. A diferencia de los códigos analizados en este trabajo, éste no menciona ni alude de forma expresa el derecho de la mujer a permanecer en el domicilio conyugal durante el periodo de espera. Ahora bien, como quiera que el art. 147,2) establece la obligación de pagar al progenitor custodio “el domicilio de su custodia, a menos que la custodiante posea un domicilio en el que residir”, y que la madre es la primera llamada a ejercer la custodia, por esta vía se garantiza a la mujer un techo donde vivir.

99. No contempla, tampoco, el código de Emiratos Árabes el salario de lactancia, en los términos observados en otros textos de los países islámicos.

B) Consecuencias patrimoniales propias del repudio

100. De acuerdo con el articulado del texto objeto de estas reflexiones, solo podemos referirnos a una única consecuencia patrimonial de la que pudiera verse beneficiada la mujer repudiada. Aunque tampoco es una partida de aplicación universal, sino que, una vez más, se restringe a un colectivo concreto de beneficiarias.

101. Como muestra de la caótica organización de las normas, el art. 140, ubicado en la sección 1ª del capítulo 4 denominado “Del plazo legal de espera” establece lo siguiente: “Si el esposo repudia a su esposa con la que ha consumado el matrimonio en un contrato válido por su deseo individual sin que ella se lo pida, la esposa tendrá derecho a una indemnización distinta a la manutención de su plazo legal de espera según la situación del esposo y que no exceda la manutención de un año de sus iguales. El juez permitirá su pago aplazado según la solvencia o insolvencia del esposo, considerando en su evaluación los perjuicios sufridos por la mujer”.

102. Comenzando por el final de la regla transcrita, la repudiada tiene un derecho de crédito a que le abone su ex marido una cantidad indemnizatoria que, aunque se calcula de acuerdo con los gastos de su manutención durante un año, su finalidad no es asistencial (como sí lo es la debida durante el periodo de espera, lo que justifica la aclaración del legislador a fin de evitar su confusión y permitir su yuxtaposición). Para su cálculo se tienen en cuenta dos factores. En primer lugar, la referencia a “sus iguales” expresa su conexión con los medios económicos del esposo, así como el nivel de vida que hubiera disfrutado la repudiada durante el matrimonio. En segundo lugar, el término “perjuicios” que incluye no solo el perjuicio patrimonial que implica ser separada del hogar familiar, sino también el moral, que se incrementa cuando no ha existido causa que justifique al esposo dar por finalizada la relación conyugal.

103. Establecido que ha quedado el importe debido conforme a los parámetros expuesto, queda por delimitar el supuesto de hecho de la norma: es decir, las características de la mujer beneficiaria de la misma. En este sentido, se evidencia que solo lo será la mujer que tras haber consumado el matrimonio es repudiada por su marido sin que medie petición de esta. Lo que excluye el repudio por compensación y el repudio ejercido por la esposa, previo poder otorgado por el marido para ello.

VII. Conclusiones

104. Con estas líneas he pretendido acercar al lector a la realidad que vive la mujer islámica en los países confesionales en el que la *sharia* es la religión oficial, valiéndome para ello de la regulación del repudio. A tal fin, el análisis de las normas jurídicas que regulan su ejercicio y las que establecen las consecuencias patrimoniales, ha servido de catalizador por medio del cual hemos percibido del grado de desigualdad entre los sexos que se visibiliza en todos los textos analizados. El hecho de que hayan aflorado importantes matices en el tratamiento del repudio, genera esperanzas en esta investigadora, pues, aunque el espacio de mejora es considerable, empezar a “rellenarlo”, con normas como las que encontramos en el Código de Túnez, supone un avance importante y plausible.

105. Que queda mucho por andar, en la conquista de la igualdad entre los sexos, es más que evidente. El repudio representa solo la “punta del iceberg” de muchas otras instituciones discriminatorias que se aplican en pleno siglo XXI a una importante parte de la población mundial. Los juristas occidentales caemos en el error de pensar que la conquista de la igualdad jurídica es una realidad extendida en el mundo, y que las discriminaciones existentes tienen una base sociológica y social contra la que los estudiosos del Derecho poco o nada pueden hacer.

106. Pero la realidad es otra. De ahí que uno de mis propósitos como mujer y civilista es mostrar a la comunidad científica que, en el plano de la igualdad entre los sexos en las relaciones familiares, queda mucho por hacer. Conocerlo y tomar conciencia es el primer paso. Espero con este trabajo seguir aportando “granitos de arena” a la difusión de legislaciones sangrantemente discriminatorias para la mujer en la confianza de que “conocer” es el prelude de “cambiar”.

A vueltas con los requisitos de conexidad para el fuero de pluralidad de demandados del Sistema Bruselas: Codemandados vinculados mediante contrato de distribución en exclusiva en infracción de derechos de propiedad industrial unitarios, en especial la marca europea

The connection requirements in the forum of multiple defendants under the Brussels System: Co-defendants linked by an exclusive distribution contract in infringement of a European industrial property rights, particularly the European Union trade mark

CLARA ISABEL CORDERO ÁLVAREZ

*Profesor contratado Doctor en Derecho Internacional Privado
Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (UCM)
Miembro del IDEIR*

ORCID ID: 0000-0001-8755-4820

Recibido:20.11.2023 / Aceptado:27.12.2023

DOI: 10.20318/cdt.2024.8418

Resumen: En el instrumento de base del sistema europeo sobre competencia judicial internacional en materia civil y mercantil, el vigente Reglamento Bruselas I *bis*, se prevé dentro de las competencias especiales un fuero específico ante supuestos de pluralidad de demandados, en virtud del cuál estos pueden ser demandados ante el órgano jurisdiccional del domicilio de cualquiera de ellos. La aplicación del fuero de pluralidad de demandados del artículo 8.1º está necesariamente conectado con los supuestos de conexidad y el potencial peligro de ineficacia de las resoluciones que eventualmente puedan recaer en los distintos procesos sustanciados en diferentes Estados miembros. La asentada doctrina del TJUE determina que para la aplicación de esta regla se exige que las demandas estrechamente vinculadas, que puedan dar lugar a resoluciones irreconciliables, deben generarse “en el contexto de la misma situación de hecho y de Derecho”. El ámbito de los litigios transfronterizos por violación de derechos de propiedad industrial se manifiesta particularmente controvertido en cuanto a la aplicación del art. 8. 1º, en especial por lo que respecta a la constatación de identidad de la situación de Derecho, pero también para apreciar la misma situación de hecho cuando son varios los operadores intervinientes que desarrollan actividades potencialmente infractoras del derecho en distintos Estados. Precisamente la reciente sentencia del Tribunal en el asunto C-832/21, *Beverage City Polska*, viene a completar la aproximación doctrinal existente aportando aclaraciones adicionales en relación con los elementos y factores de valoración para determinar la existencia de esa necesaria misma situación de hecho. En un contexto como el del litigio principal, el Tribunal de Justicia se manifiesta favorable a que en los casos en que los codemandados estén vinculados por un contrato de distribución exclusiva, en virtud del cual comercializan los mismos productos en distintos Estados miembros lesivos de un derecho de marca de la Unión, sea apreciado como idéntico supuesto de hecho. La aproximación asumida por el Tribunal de Justicia en lo que respecta a la presunción (*iuris*

tantum) de la concurrencia del presupuesto de una misma situación de hecho por la existencia de este tipo de vínculo contractual entre los codemandados, puede extenderse por analogía a otros supuestos litigiosos en los que dándose la misma relación contractual el marco normativo sea distinto del analizado en el asunto de referencia, siempre que las demandas se enmarquen dentro de la misma situación de Derecho.

Palabras clave: Competencia judicial internacional; foro pluralidad de demandados, conexidad, contratos de distribución en exclusiva, marca europea; Reglamento Bruselas I bis; artículo 8.1º.

Abstract: In the basic instrument of the European system on international jurisdiction in civil and commercial matters, Brussels I Regulation Recast, a specific jurisdiction is provided for within the special jurisdiction in the event of multiple defendants, whereby they may be sued before the court of the domicile of any of them. The application of the forum of multiple defendants in Article 8(1) is necessarily connected with the cases of connectedness and the potential danger of ineffectiveness of the decisions that may eventually be settled down in the different proceedings in different Member States. The settled doctrine of the CJEU determines that for the application of this rule it is required that closely connected claims, which may give rise to irreconcilable judgments, must arise “in the context of the same legal and factual situation”. The area of cross-border litigation for infringement of industrial property rights is particularly controversial as regards the application of Art. 8.1, as regards the finding of identity of the legal situation, but also for assessing the same factual situation when there are several operators involved who carry out potentially infringing activities in different States. The recent judgment of the Court of Justice in Case C-832/21 Beverage City Polska is a clear example of this. This judgment supplements the existing case-law by providing further clarification of the elements and factors of assessment for determining the existence of the same factual situation. In a context such as that in the main proceedings, the Court is in favour of cases in which the co-defendants are bound by an exclusive distribution contract, under which they market the same goods in different Member States which infringe an EU trade mark right, being assessed as the same factual situation. The approach adopted by the Court of Justice as regards the (rebuttable) presumption that the same factual situation is presumed to exist as a result of the existence of that type of contractual relationship between the co-defendants may be extended by analogy to other legal cases in which the same contractual relationship exists and the legal framework is different from that analysed in the present case, provided that the claims are based on the same legal situation.

Keywords: Jurisdiction; multiple defendant forum, exclusive distribution agreements, related actions, European trade mark, Brussels I Regulation Recast; article 8.1º.

Sumario: I. Planteamiento. II. Cuestiones esenciales de Derecho internacional privado europeo implicadas: 1. Delimitación del marco jurídico de competencia aplicable en función de la causa de pedir: el Reglamento Bruselas I bis y el Reglamento de marca unitaria. 2. El domicilio del demandado como criterio de competencia de base en el sistema europeo y excepciones por conexión. 3. Nexo de conexión suficiente como requisito esencial para la aplicación del foro de pluralidad de demandados: A) Infracción de derecho unitario como misma situación de Derecho: evolución de la doctrina del TJUE. B) Contratos de distribución en exclusiva como vínculo entre los codemandados para acreditar situaciones de hecho idénticas. III. Conclusiones.

I. Planteamiento

1. El presente estudio tiene como punto de partida la reciente sentencia del TJUE, de fecha 7 de septiembre de 2023¹, sobre la interpretación y alcance del artículo 8 punto 1º, como una de las normas competencia especiales del instrumento fundamental europeo en materia civil y mercantil, el Reglamento (UE) nº 1215/2012 (Reglamento Bruselas I bis)²; en un caso de infracción de derecho de marca de la

¹ STJUE de 7 septiembre 2023, C-832/21, *Beverage City Polska* (ECLI:EU:C:2023:635); en adelante, Sentencia *Polska*.

² Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO 2012, L 351, p. 1). Reglamento de marcas unitarias.

Unión por actividades desarrolladas por empresas ubicadas en distintos Estados miembros unidas entre sí por un contrato de distribución en exclusiva.

Acorde a esta disposición del Reglamento Bruselas I *bis*, aplicable a litigios transfronterizos por violación de derechos de marca -europea- en los términos establecidos en el Reglamento 2017/1001³ (art. 124 en relación con el 122), la posibilidad de demandar a varios demandados domiciliados en distintos Estados miembros ante el tribunal del domicilio de cualquiera de ellos se condiciona al cumplimiento de una serie de circunstancias muy concretas. De conformidad con el art. 8, para que opere esta regla de competencia especial debe tratarse del ejercicio de acciones que estén vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que resulte oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser contradictorias si se juzgasen los asuntos separadamente⁴. La doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia ha dejado claro, en sus anteriores resoluciones, los factores que deben concurrir para poder apreciar que ese riesgo de resoluciones contradictorias sea relevante a los efectos de esta norma, siendo necesario que se plantee “en el marco de una misma situación de hecho y de Derecho”⁵. La sentencia objeto de análisis aclara cuándo debe apreciarse la concurrencia de esta doble circunstancia, como presupuesto de la aplicación del art. 8. 1º, en el asunto de referencia, pero su argumentación resulta aplicable, por analogía, a otro tipo de litigios en sectores materiales diversos. Esta resolución presenta especial interés al ofrecer aclaraciones adicionales sobre cómo puede acreditarse la concurrencia de una misma situación de hecho en supuestos en los que los distintos demandados son sociedades independientes -no pertenecientes a un mismo grupo de sociedades-, pero están vinculados mediante un contrato de distribución exclusiva en virtud del cual comercializan los mismos productos en distintos Estados miembros, lo que supone la infracción del mismo derecho de marca.

Los hechos concretos del caso que fundamentan la referida sentencia son esenciales para contextualizar el contenido de la decisión, en lo que se refiere tanto a su *obiter dicta* como a su *ratio decidendi*. La argumentación recogida por el tribunal en el asunto principal resulta significativa para la resolución de futuros asuntos por los tribunales de los Estados miembros en este y otros ámbitos, sobre la base de esta regla de competencia especial que permite demandar a ciudadanos de la Unión Europea fuera de su domicilio. Dos son las cuestiones en la que cabe aglutinar el análisis de las circunstancias en las que se basa la sentencia de referencia para la constatación de la concurrencia de la doble circunstancia exigida para la aplicación del art. 8.1º, para evitar la inconciliabilidad de resoluciones: identidad de situación de hecho y de Derecho. Por un lado, el litigio principal se refiere a una supuesta violación por parte de los distintos demandados de un derecho de propiedad industrial -específicamente una marca de la Unión-, siendo este sector material particularmente controvertido en cuanto a la aplicación de esta regla de competencia, en especial por lo que respecta a la constatación de identidad de la situación de Derecho (de lo que da muestra la nutrida jurisprudencia⁶); pero que además cuenta con un marco normativo propio y particular cuando, como en el caso analizado, la infracción afecta un derecho unitario. Por otro lado, y sin perjuicio de lo anterior, las consideraciones realizadas por el Tribunal en relación con la posibilidad de resolver afirmativamente sobre la acreditación de una misma situación de hecho

³ Reglamento (UE) 2017/1001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre la marca de la Unión Europea (DO 2017, L 154, p. 1). Reglamento de marcas de la Unión o Reglamento de marcas.

⁴ En general, sobre los requisitos exigidos de conexión entre las pretensiones para la aplicación de esta regla originaria del sistema Bruselas, véase la Sentencia 27 de octubre de 1998, *Réunion européenne y otros* as. C51/97 (EU:C: 1998:509), apartados 44 a 46; asimismo, todos los demandados deben estar domiciliados en la Unión como presupuesto de aplicación espacial, véase STJUE de 11 de abril de 2013, *Sapir y otros*, C645/11 (EU:C:2013:228), apartado 52.

⁵ Cuestión distinta son las circunstancias o factores que se toman en consideración por el Tribunal para afirmar la concurrencia o no de esta doble condición; en particular, por cuanto se refiere a supuestos concretos de eventuales infracciones de derechos de propiedad industrial, más aún cuando tengan naturaleza unitaria, o cuando la violación sea consecuencia de distintas actividades realizadas por distintos sujetos ubicados en diferentes Estados miembros. *Vid. infra* Apartado II.3.

⁶ No sólo en lo que respecta a la aplicación del fuero de pluralidad de demandados a este tipo de infracciones cuando se plantee la existencia de demandas conexas (*vid infra* apartado II. 2); sino también en relación con la concreción del fuero del lugar del daño cuando el medio donde tiene lugar la infracción de los derechos de propiedad industrial es Internet. Es especialmente problemático determinar los tribunales competentes y la legislación aplicable en estos casos, ya que el medio permite que un mismo acto infractor tenga repercusión y se manifieste en múltiples jurisdicciones nacionales. *Vid* STJUE de 3 de octubre de 2013, as. C-170/12, *Pinckney* (ECLI:EU:C:2013:635); STJUE de 22 enero 2015, as. C-441/13, *Hejduk* (ECLI:EU:C:2015:28), relativo a la interpretación del art. 5.3 Reglamento 44/2001 extrapolable al vigente art. 7.2 del Reglamento 1215/2012.

en el caso de demandados vinculados por un contrato de distribución en exclusiva, siendo sociedades independientes, podrían extrapolarse a otro tipo de situaciones en las que estuviera presente este tipo de vinculación contractual entre las partes codemandadas que se puedan plantear en el marco de una misma situación de derecho distinta del ámbito de la infracción de derechos de propiedad intelectual⁷.

2. Los antecedentes de hecho en el asunto de referencia se concretan en los siguientes. Se trata de una sociedad demandante, *Advance Magazine Publishers*, con domicilio social en Nueva York (Estados Unidos), que es titular de varias marcas de la Unión que contienen el elemento denominativo “Vogue”, y que alega que se trata de marcas que gozan de renombre. La sociedad demandante entiende que sus marcas han sido vulneradas dentro de la Unión Europea, en particular en dos Estados miembros: Polonia y Alemania, presentando en consecuencia demanda ante la jurisdicción alemana. Las pretensiones se instan frente a varios los demandados. De un lado, está la sociedad de Derecho polaco, *Beverage City Polska*, con domicilio social en Cracovia (Polonia), que produce una bebida energética en cuyo nombre se incluye la denominación “Vogue” (“Diamant Vogue”), encargándose también de su publicidad y distribución; así como su administrador, FE, que también tiene su domicilio en Cracovia. De otro, está la sociedad de Derecho alemán, *Beverage City & Lifestyle*, con domicilio social en Schorheide, en el Estado federado de Brandeburgo (Alemania). También es demandado el administrador de la sociedad, MJ, que está domiciliado en Niederkassel, Estado federado de Renania del Norte-Westfalia (Alemania). Ambas sociedades son independientes, no forman parte de un mismo grupo de sociedades -pese a la coincidencia parcial en sus denominaciones-, pero están vinculadas mediante un contrato de distribución en exclusiva para el territorio alemán, en virtud del cual la sociedad alemana le compraba a la sociedad polaca la referida bebida energética para su distribución en aquel país.

La publicidad, venta y distribución de esas bebidas con el elemento denominativo “Vogue” en su nombre, por las sociedades polaca y alemana, se entiende por la sociedad titular de las marcas unitarias como una violación de sus derechos unitarios. Consecuentemente, la sociedad *Advance Magazine Publishers* ejerció contra esas sociedades y sus administradores respectivos, ante el tribunal de marcas de la Unión Europea competente en el Estado federado de Renania del Norte-Westfalia (a saber, el Landgericht Düsseldorf, Tribunal Regional de lo Civil y Penal de Düsseldorf, Alemania), una acción de cesación en todo el territorio de la Unión y de información, rendición de cuentas y constatación de la obligación de indemnización. Posteriormente, estas demandas anexas se limitaron a los actos llevados a cabo en Alemania. No obstante, hay que recordar que al margen de la necesaria adecuación de respuesta sustantiva del tribunal nacional en función de lo solicitado por la parte demandante⁸, esta circunstancia no modifica el alcance universal de la competencia judicial internacional del tribunal nacional fundamentada de forma justificada en la regla de pluralidad de demandados para conocer y resolver de las infracciones cometidas en todos el territorio de la Unión⁹.

En primera instancia, el Tribunal Regional de lo Civil y Penal de Düsseldorf estimó la acción ejercitada por la sociedad norteamericana, fundamentando su competencia en el artículo 8, punto 1, del Reglamento Bruselas I *bis*, en lo que respecta a la acción frente a la sociedad polaca y su administrador. Para la concreción de su competencia en el asunto principal el tribunal aplicó los principios doctrinales establecidos por el TJUE en la conocida sentencia *Nintendo*¹⁰. Partiendo del hecho de que respecto de las acciones ejercitadas frente a los demandados domiciliados en Alemania la base de la competencia no

⁷ P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Contratos de distribución exclusiva y pluralidad de demandados. Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de septiembre de 2023, as. C-832/21: Beverage City Polska”, *LA LEY Unión Europea*, Nº 118, Octubre 2023.

⁸ Pues la causa de pedir se diseña por la parte demandante en virtud del principio de disponibilidad del objeto del proceso por las partes en el ámbito civil; y ello condiciona la necesaria congruencia de las resoluciones judiciales, que exige una ajuste sustancial entre lo pedido y lo resuelto.

⁹ *Vid. infra* apartado II. 1.

¹⁰ STJUE de 27 de septiembre de 2017, *Nintendo*, As. C24/16 y C25/16 (EU:C:2017:724). Un análisis crítico de esta sentencia puede verse en V. JIMÉNEZ SERRANÍA, “Caso Nintendo: ¿evolución o involución en la protección del diseño comunitario? Comentario de la sentencia de 27 de septiembre de 2017, asuntos acumulados C-24/16 y C-25/16”, *CDT*, Vol. 11, Nº. 2, 2019, pp. 652-665. Otras interpretaciones fundamentales realizadas por el Tribunal de Justicia en relación con acciones por infracción de derechos de propiedad industrial y pretensiones conexas se recogen en la STJCE de 14 de diciembre de 2006, *Nokia*, asunto C-316/05 (EU:C:2006:789) y la STJUE de 12 de abril de 2011, *DHL Express France*, asunto C-235/09 (EU:C:2011:238).

planteaba problema alguno, al ser el foro natural en el sistema europeo¹¹; las cuestiones se centraban en la posible aplicación de la regla especial de competencia contenida en el art. 8. 1º del Reglamento Bruselas I *bis*, frente a las demandadas polacas para poder juzgarlas fuera del Estado miembro de su domicilio. La sociedad y su administradora (Beverage City Polska y FE) interpusieron recurso de apelación contra la resolución del Tribunal Regional ante el Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Düsseldorf, Alemania), alegando que los órganos jurisdiccionales alemanes carecen de competencia internacional para conocer de la acción ejercitada contra ellos, siendo únicamente la jurisdicción polaca la competente por cuanto que actuaron y entregaron las mercancías a sus clientes exclusivamente en Polonia (país donde concurre el lugar de su domicilio además de ser el lugar del daño). Se indica por los recurrentes que no resulta aplicable la regla de competencia de pluralidad de demandados por cuanto que no concurren los presupuestos necesarios exigidos en el art. 8.1º, sin que resulte aplicable por analogía la doctrina *Nintendo* al no existir ningún vínculo pertinente entre las partes codemandadas¹²: la sociedad polaca y administrador, por un lado y la sociedad alemana y administrador, por otro¹³. En este contexto, se plantea la más que significativa cuestión de si resulta suficiente un (único) vínculo material que revista la forma de una cadena de suministro, como es un contrato de distribución en exclusiva, para justificar la concurrencia de ese nexo necesario para la tramitación conjunta de las distintas pretensiones formuladas frente a los codemandados respecto de la infracción de derechos de marca unitaria cometida en distintos Estados miembros.

Para el órgano jurisdiccional remitente -órgano de apelación alemán- la competencia internacional de la jurisdicción alemana para conocer de la acción ejercitada contra la demandadas polacas se supedita al requisito de que, de conformidad con el artículo 8 punto 1 del Reglamento, tal demanda esté vinculada a la demanda interpuesta contra el administrador de la sociedad alemana, calificado como “demandado de conexión”¹⁴, por una relación tan estrecha que resulte oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser contradictorias si se juzgasen los asuntos separadamente.

El tribunal de apelación aprecia que no concurren las mismas circunstancias que en el asunto *Nintendo*¹⁵ que permitan la aplicación de tal doctrina en el litigio principal, toda vez que en este caso la relación de suministro existente entre las sociedades polaca y alemana¹⁶ no afecta al demandado de conexión -administrador de la sociedad alemana-, que solo es demandado en su condición de representante de esta última (si bien en la cuestión prejudicial el tribunal remitente insiste en la condición también de infractor del administrador¹⁷). A más, se incide en el hecho de que las dos sociedades no pertenecen a un mismo grupo de empresas, actuando bajo su propia responsabilidad y con independencia la una de la otra. No obstante, el órgano remitente plantea como cuestión si la existencia de un acuerdo de distribución exclusiva entre las referidas sociedades es suficiente para cumplir el requisito establecido en el artículo 8 punto 1 del Reglamento, habida cuenta de que el asunto principal se refiere a las mismas marcas y a los mismos productos.

En consecuencia, y ante tales circunstancias, se plantea la siguiente cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia “Cuando, en el caso de una acción por violación de una marca de la Unión, la relación consiste en que los demandados establecidos en un Estado miembro (en este caso, Polonia) suministraron

¹¹ *Vid infra* apartado II.2

¹² Ya que a diferencia del asunto *Nintendo*, en el que las distintas sociedades demandadas pertenecían a un mismo grupo de sociedades, los administradores de las sociedades son demandados únicamente como representantes respectivos de esas personas jurídicas, sin que exista ninguna relación entre el demandado de conexión (administrador de la sociedad alemana) y los demandados domiciliados en Polonia.

¹³ Ya que en este caso se cometieron varias infracciones en varios Estados miembros pero atribuidas a un mismo infractor.

¹⁴ Esa expresión exclusivamente designa a los codemandados cuyo domicilio justifica la competencia del órgano jurisdiccional que conoce del asunto. Sobre los precedentes en el uso de esa expresión, pueden verse las conclusiones del Abogado General Jääskinen presentadas en el asunto *CDC Hydrogen Peroxide*, C 352/13 (EU:C:2014:2443), punto 56.

¹⁵ En el que las sociedades demandadas estaban directamente conectadas, perteneciendo a un mismo grupo de sociedades, implicadas en la cadena de entregas de productos supuestamente infractores del derecho de marca entre sí en los litigios principales.

¹⁶ Formalizada mediante contrato de distribución en exclusiva.

¹⁷ Circunstancia que resulta muy relevante para concretar la existencia o no del requerido nexo entre las pretensiones para justificar la aplicación no artificial del fuero de pluralidad de demandados. *Vid. infra* ap. II.3. letra B).

los productos que violaban una marca de la Unión a una demandada establecida en otro Estado miembro (en este caso, Alemania), cuyo representante legal, también demandado como infractor, es el demandado de conexión, ¿están las demandas vinculadas entre sí por “una relación tan estrecha” que resulta oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser contradictorias, en el sentido del artículo 8, punto 1, del Reglamento n.º 1215/2012, si el nexo entre las partes consiste en una mera relación de suministro y no existe una relación ni jurídica ni fáctica que vaya más allá?”.

II. Cuestiones esenciales de Derecho internacional privado europeo implicadas

3. La única y principal cuestión de Derecho internacional privado que se plantea y se resuelve por la Sentencia de 7 de septiembre de 2023, está vinculada al sector de la competencia judicial internacional. Si bien la cuestión prejudicial se refiere específicamente al alcance y aplicación por los Estados miembros de la regla especial contenida en el artículo 8 apartado 1 del Reglamento Bruselas I *bis*, se requiere previamente, por las circunstancias concurrentes en el asunto de referencia, un análisis de compatibilidad y consecuente aplicabilidad de este instrumento general en relación otro de carácter especial, el Reglamento 2017/1001 (Reglamento de marca), como marco jurídico propio. Este Reglamento especial (*lex specialis*) opera necesariamente en materia de marcas de la Unión, y contiene normas de competencia exclusivas cuando el litigio caiga dentro de su ámbito de aplicación -como es el caso que nos atañe-; por lo que es necesario abordar las disposiciones o cláusulas de compatibilidad entre instrumentos coincidentes. Todo ello, en definitiva, conduce a la necesidad de delimitar el marco jurídico aplicable para la determinación de la competencia judicial internacional en litigios transfronterizos por el que se ejercitan acciones de tutela de estos derechos, como son las de cesación de comportamientos lesivos de derechos de propiedad industrial unitarios, así como de naturaleza indemnizatoria por los daños causados por la violación¹⁸.

1. Delimitación del marco jurídico de competencia aplicable en función de la causa de pedir: el Reglamento Bruselas I *bis* y el Reglamento de marca unitaria

4. Para poder abordar la adecuación de la respuesta aportada por el Tribunal a la única cuestión prejudicial remitida en relación con el sistema Bruselas I *bis*, es necesario, con carácter previo, determinar su aplicabilidad para este tipo de litigios. El presupuesto necesario para responder a la cuestión del posible recurso al fuero especial de pluralidad de demandados -y condiciones para ello-, es que esta disposición pueda operar en lugar de las reglas de competencia internacional consagradas en el marco especial y propio del Reglamento 2017/1001 para esta materia.

5. La compatibilidad entre uno y otro instrumento está expresamente prevista en el Reglamento de marcas en su Capítulo X¹⁹ -en especial de los arts. 122 y 125-, y su interacción y compatibilidad se resuelve mediante la interpretación de distintas disposiciones de este capítulo. Así, salvo en los casos en los que expresamente se manifieste lo contrario, serán aplicables a los procedimientos en materia de marcas de la Unión y de solicitudes de marca de la Unión, así como a los procedimientos relativos a acciones simultáneas o sucesivas instadas sobre la base de marcas unitarias y de marcas nacionales, las normas del Reglamento Bruselas I *bis* (art. 122.1º)²⁰. Ahora bien, específicamente se contienen límites a ese posible recurso a las reglas del sistema Bruselas para determinado tipo de litigios vinculados con las

¹⁸ P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Infracciones de marcas de la Unión, modelos y dibujos comunitarios: avances en materia de competencia judicial y ley aplicable”, *La Ley Unión Europea*, núm. 52, abril 2017, pp. 1-12.

¹⁹ Titulado “Competencia y procedimiento en materia de acciones judiciales relativas a marcas de la Unión”, que comprende los artículos 122 a 135.

²⁰ La referencia que utiliza el Reglamento 2017/1101 en esta regla, no es en particular al Reglamento Bruselas I *bis*, pero no existe dudas al remitir a “las disposiciones de las normas de la Unión relativas a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil” y al referir en el numeral 2º de este art. 122 expresamente aquellas disposiciones del Reglamento Bruselas que se excluye su aplicación para las acciones referidas en el art. 124.

marcas, como es precisamente en materia de violación del derecho de marca, además de acciones sobre validez del derecho²¹, de competencia exclusiva de los tribunales nacionales de marcas (art. 124)²² concretados en el artículo 125. Para estos supuestos, el art. 122 número 2º refiere expresamente las reglas de competencia del sistema Bruselas que no pueden aplicarse o las condiciones en las que pueden operar las que sí están previstas. En particular, no serán aplicables los artículos 4 y 6 (determinantes del ámbito espacial de aplicación del instrumento Bruselas), los puntos 1, 2, 3 y 5 del artículo 7 (como reglas especiales de competencia en materia contractual, extracontractual, responsabilidad civil derivada de delito y acciones vinculadas a explotación de agencias y sucursales²³), ni el artículo 35 (fuero cautelar). Por cuanto a la posible eficacia de acuerdos de elección de foro como manifestación expresa o tácita de la autonomía jurisdiccional de las partes implicadas (a la luz de los arts. 25 y 26 del Reglamento Bruselas), estos sólo serán válidos si se concretan en otro tribunal de marcas de la Unión Europea (de conformidad con el art. 125, apartado 4º, del Reglamento de marcas).

El resto de reglas de competencia previstas en las disposiciones del Reglamento Bruselas en su Capítulo II, aplicables a demandados domiciliados en un Estado miembro, también lo serán para los litigios vinculados a marcas, extendiendo igualmente su operatividad, cuando el ámbito espacial venga determinado no por el domicilio del demandado sino por su establecimiento²⁴ dentro de la Unión (art. 122, apartado 2º, letra c). Consecuentemente, el fuero de la pluralidad de demandado, consagrado en el artículo 8 apartado 1º del Reglamento Bruselas I *bis*, podrá alegarse y fundamentar la competencia de los tribunales de un Estado miembro como domicilio de uno de los demandados cuando el resto de eventuales demandados también tengan domicilio dentro de la Unión.

6. La exclusión -o limitación- de ciertas disposiciones del Reglamento Bruselas a demandas y acciones sobre violación de derechos de marca cubiertos -y validez de estos derechos- que realiza el artículo 122 del Reglamento de marcas, se completa con su artículo 125, que lleva por título “Competencia internacional”. Esta disposición, partiendo de la compatibilidad de las normas de competencia de ambos instrumentos, en los términos indicados, establece como otra alternativa para del demandante el recurso

²¹ Litigios sobre validez de la marca en el sentido de demandas de reconversión por caducidad o por nulidad fundamentadas en las causas de caducidad o de nulidad previstas por el Reglamento de marcas. Lo que debe vincularse necesariamente con la regla de competencia exclusiva del art. 24, apartado 4, del Reglamento Bruselas I *bis*, en materia de inscripciones o validez de patentes, marcas, diseños o dibujos y modelos y demás derechos análogos sometidos a depósito o registro, independientemente de que la cuestión se haya suscitado por vía de acción o por vía de excepción (reconversión), en favor de los órganos jurisdiccionales del Estado en que se haya solicitado, efectuado o tenido por efectuado el depósito o registro en virtud de instrumento de la Unión (como es el caso del Reglamento de marcas) o Convenio internacional, y la jurisprudencia del TJUE en la delimitación de competencia exclusiva. Particularmente relevante es esta doctrina en litigios relacionadas con vulneración de patentes en el que se plantea la cuestión de la validez del derecho, como en los asuntos *GAT* (STJUE de 13 de julio de 2006, *GAT*, as. C-4/03, ECLI:EU:C:2006:457) y *Roche Nederland y otros* (STJUE 13 de julio de 2006, *Roche Nederland and others*, C-539/03, EU:C:2006:458).

²² *Vid* art. 124 letra a) en el que se establece la competencia exclusiva de los tribunales de marcas de la Unión, para cualquier acción por violación y, para el caso que la legislación nacional aplicable lo permita, por intento de violación de marca unitaria; para conocer de acciones declarativas negativas, esto es, de comprobación de inexistencia de violación si- la legislación nacional las admite-; para las acciones enclavadas a raíz de hechos contemplados en el artículo 11, apartado 2; y para conocer de las demandas de reconversión por caducidad o por nulidad de la marca de la Unión previstas en el artículo 128.

²³ Esto último se justifica por la delimitación conceptual propia de “establecimiento” que opera en el ámbito de las infracciones de estos derechos de propiedad industrial como alternativo a domicilio del infractor, sin que se exija, como en el sistema Bruselas I *bis*, que exista vinculación con la actividad lesiva que fundamenta la pretensión. *Vid. infra* nota a pie nº 24.

²⁴ En la sentencia de 18 de mayo de 2017, *Hummel Holding*, C-617/15 (EU:C:2017:390), apartados 25, 27 y 28, el Tribunal de Justicia declaró que el concepto de «establecimiento» que se emplea en el Reglamento n.º 207/2009 (de marca comunitaria, consolidado por el actual Reglamento de Marca de la Unión, Reglamento 2017/1001) no es necesariamente el mismo que el utilizado en el Reglamento n.º 44/2001, toda vez que ambos Reglamentos persiguen objetivos que no son idénticos. Parece razonable que este argumento pueda aplicarse al Reglamento Bruselas I *bis* y al Reglamento de Marca de la Unión. No es posible mantener en este ámbito, de manera razonable, una aproximación estricta del concepto “establecimiento” en los mismos términos en los que opera en el sistema Bruselas para fundamentar la competencia de los tribunales nacionales, dado que el Reglamento sobre marcas de la Unión permite al demandante elegir entre el domicilio del demandado y el tribunal del lugar donde se ha cometido la violación. Además, la condición de establecimiento en este sector no está supeditada al requisito de que la sociedad demandada haya participado de forma directa o indirecta en la comisión de los actos que han dado lugar al litigio (apartado 40, Sentencia *Hummel Holding*).

a los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio tenga su domicilio el demandado – en definitiva, el fuero general del domicilio del demandado que se excluye por aplicación del art. 4 del Reglamento Bruselas pero se abre a través de este artículo 125.1º-, y si no estuviera domiciliado en uno de los Estados miembros, el del Estado miembro en cuyo territorio tenga un establecimiento. Se abre además la posibilidad de un *forum actoris*, concretado en el domicilio o establecimiento del demandante si éste se sitúa en un Estado miembro, en el supuesto de que el demandado no tuviera domicilio o establecimiento dentro de la Unión. En defecto de conexión territorial con un Estado miembro a través del domicilio/establecimiento del demandado o, en defecto, del demandante, los procedimientos se llevarán ante los tribunales del Estado miembro en que radique la sede de la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (España).

Por último, el Reglamento de marcas abre la puerta al fuero del lugar del daño (únicamente como *locus delicti* o lugar de comisión del hecho)²⁵ para los procedimientos resultantes de las acciones y demandas contempladas en el artículo 124. De esta suerte, podrán también plantearse litigios ante los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se hubiere cometido el hecho o el intento de violación o ante la jurisdicción nacional donde se hubiera cometido un hecho de los contemplados en el artículo 11, apartado 2, esto es, hechos posteriores a la publicación de una solicitud de marca de la Unión cuando, tras la publicación del registro de esa marca, dichos actos quedasen prohibidos en virtud de ésta. Ahora bien, no cabe fundamentar la competencia judicial en este fuero cuando se trate de acciones declarativas negativas, esto es, se excluye expresamente su posible recurso cuando el demandante sea el potenciar infractor/responsable que insta acción de declaración de inexistencia de violación de marca de la Unión²⁶.

7. El alcance de la competencia de los tribunales nacionales designados puede variar en función de si se aplica uno u otro instrumento, incluso cuando se trate de una regla que utilice el mismo criterio de conexión, como sería el lugar del daño o *locus delicti* si comparamos ambos textos -excluido vía art. 7.2 del sistema Bruselas en esta materia por el art. 122.2º del Reglamento de marcas-. El fundamento de la competencia para este tipo de litigios en las posibles normas contenidas en el Reglamento Bruselas -de las no excluidas-, determina la aplicación de este sistema en toda su extensión; por lo que también la doctrina del Tribunal de Justicia sobre su interpretación y alcance, en función de la regla de la que se trate. En consecuencia, tendría alcance universal la competencia que corresponde al tribunal nacional del Estado miembro que fundamente el conocimiento del litigio en la regla contenida en el art. 8.1 de pluralidad de demandados objeto de controversia en el litigio principal. No obstante, podemos encontrar en el Reglamento de marcas manifestaciones sobre el alcance de algunas reglas de competencia del Reglamento Bruselas, al que compatibiliza su aplicación en esta materia, condicionado al cumplimiento de ciertos requisitos, como es el caso de los fueros de autonomía de la voluntad de los arts. 25 y 26 (art. 125, apartado 4). No obstante, en estos casos cumpliendo los requisitos de validez de los acuerdos

²⁵ Lo que justifica la exclusión expresa del fuero de lugar del daño del art. 7.2 del Reglamento Bruselas I *bis*, como se interpreta -y concreta- por la doctrina del TJUE en esta materia. Un análisis de la doctrina del Tribunal de Justicia sobre la interpretación y alcance de la regla de competencia del art. 7.2, respecto de daños a este tipo de derecho inmateriales, en particular, concretado en el entorno virtual, puede verse en M.^a B. SÁENZ CARDENAL, “El lugar del daño en el caso de infracción de los derechos de propiedad industrial e intelectual en internet”, *Revista Jurídica* n° 34, 2016, pp. 441-470; E. CASTELLANO RUIZ, “Determinación de la Competencia Judicial Internacional en materia de infracción de la Propiedad Intelectual en Internet”, en J. J. CASTELLÓ PASTOR (dir.) *Desafíos jurídicos ante la integración digital: aspectos europeos e internacionales*, Aranzadi, 2021, pp. 263-285.

²⁶ De esta manera se elimina la posible aplicación de la controvertida doctrina del Tribunal de Justicia derivada de la Sentencia de 25 de octubre de 2012, as. C-133/11, *Folien Fischer* (ECLI:EU:C:2012:664), para este tipo de acciones en lo que respecta a la ampliación *forum delicti commissi*, con competencia universal. Partiendo de que este tipo de acciones caen dentro de la materia extracontractual en el sistema Bruselas, C. ORÓ MARTÍNEZ, “Las acciones declarativas negativas y el art. 5.3º del Reglamento Bruselas I”, *AEDIPR*, t XI, 2011, pp-185-206, p. 205. Un análisis crítico de esta resolución, entre otras, puede verse en P. BLANCO-MORALES LIMONES, “Acciones declarativas negativas y *forum delicti commissi*. ¿Galgos o podencos?: La litispendencia. comentario a la sentencia del tribunal de justicia (sala primera) de 25 de octubre de 2012. *Folien Fischer AG y Fofitec AG contra Ritrama Spa*”, *CDT*, (Marzo 2013), Vol. 5, N° 1, pp. 240-253; E. RODRÍGUEZ PINEAU, “Acciones negativas, Derecho de la competencia y abuso de derecho procesal en la Unión Europea: Consideraciones sobre el Asunto C-133/11, «Folien Fischer AG Fofitec AG c. Ritrama Spa»”, *REDE*, n° 47, 2013, pp. 125-147; C. ORÓ MARTÍNEZ; M° A GANDÍA SELLENS, “Acciones declarativas negativas y litigación internacional de los derechos de patente: ¿problema resuelto? Cambio jurisprudencial a partir de los asuntos Solvay y Folien Fischer”, *Revista Boliviana de Derecho*, N° 19, 2015, pp. 706-725.

exigidos -en cuanto a la elección de un tribunal nacional de marcas- no altera el alcance universal de la competencia en los términos que operan en el sistema Bruselas de origen los fueros de autonomía de la voluntad.

Los tribunales nacionales -de marcas- de los Estados miembros cuya competencia se fundamenta en alguna de las reglas contenidas en los apartados del 1 a 4 del artículo 125 del Reglamento de marcas, tendrán competencia universal para pronunciarse sobre los hechos de violación cometidos o que intenten cometerse en el territorio de cualquier Estado miembro; o sobre los hechos contemplados en el artículo 11, apartado 2, cometidos en el territorio de cualquier Estado miembro²⁷. Ahora bien, si la competencia del tribunal nacional de marcas de la Unión se fundamenta en la regla de conexión del lugar del daño del artículo 125, apartado 5, la competencia es limitada, pues será competente únicamente para pronunciarse sobre los hechos cometidos o que intenten cometerse en el territorio del Estado miembro en que ubique²⁸.

2. El domicilio del demandado como criterio de competencia de base en el sistema europeo y excepciones por conexión.

8. A la vista del marco jurídico de referencia analizado en el ámbito de las acciones y demandas en materia de violación y de validez de marcas, el domicilio -o en su caso el establecimiento- del demandado se consagra como uno de los criterios básicos de atribución de competencia universal para las jurisdicciones nacionales de los Estados miembros, solo desplazado o como alternativa en determinadas condiciones por otras reglas, generalmente vinculadas a la estrecha conexión del supuesto con otras jurisdicciones nacionales.

El principio esencial que opera en el ámbito del Derecho europeo de cooperación judicial internacional es el de previsibilidad y correlativa seguridad jurídica para la parte demandada, en la medida que el demandante pueda elegir cómo y cuándo demandar pero el demandado pueda prever dónde²⁹. De esta suerte, las normas de competencia judicial internacional en los instrumentos europeos deben necesariamente presentar un alto grado de previsibilidad y deben fundamentarse en el principio de que la competencia se basa generalmente en el domicilio del demandado como foro natural. Se trata de la consagración del principio de *actor sequitur forum rei*, que se entiende que potencia la buena administración de la Justicia, ofrece previsibilidad y seguridad jurídica para ambas partes. Para el actor, en la medida en que este puede conocer o localizar, *a priori*, el domicilio del demandado con facilidad, y con ello el órgano jurisdiccional nacional del Estado que conocerá del asunto. Pero también, y en particular, para el demandado, pues litiga en su jurisdicción -incidiendo favorablemente en los costes de litigación-; y al mismo tiempo se facilita a la parte actora la ejecución de una eventual sentencia condenatoria (ya que típicamente los bienes y derechos se ostentan en el país en el que se reside o se tiene el domicilio). Esta aproximación de base aparece tanto en el Reglamento Bruselas I *bis* (art. 4 en relación con el art. 6 que delimita el ámbito espacial de aplicación del instrumento), como en el Reglamento sobre marca unitaria (de conformidad con el artículo 125 apartados 1 a 3).

9. En el sistema Bruselas este principio está expresamente consagrado en sus considerandos³⁰, así como en sus disposiciones mediante las que se realiza el diseño específico de su esquema jerárquico

²⁷ Vid. art. 126, apartado 1º, donde en su letra a) se establece que será competente para pronunciarse sobre los hechos de violación cometidos o que intenten cometerse en el territorio de cualquier Estado miembro. Por analogía, se establece la competencia universal para los tribunales de dibujos y modelos comunitarios para adoptar las medidas necesarias para sancionar la violación de estos derechos en todo el territorio de la Unión y no solo por el perjuicio sufrido en el lugar en el que se basa su competencia por razón del domicilio del demandado de conexión (en aplicación del fuero de pluralidad de demandas), de conformidad con la sentencia *Nintendo*, apartados 61 a 67.

²⁸ Vid. art. 126, apartado 2º.

²⁹ Vid. F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho internacional privado*, Thomson Reuters, 5ª ed., 2019, pp. 93 y ss.

³⁰ Considerandos 15 y 16 del Reglamento Bruselas I *bis*, por cuanto a la relevancia del criterio de conexión de competencia del domicilio del demandado en el sistema y al excepcionalidad del recurso a otros fueros previstos expresamente cuando la concurrencia de otros criterios de conexión lo justifique en el asunto de referencia.

de fueros. La competencia judicial del Reglamento debe regirse siempre por este principio, excepto en los casos tasados en los que bien por el objeto del litigio o bien la autonomía -jurisdiccional- de las partes justifique otro criterio de conexión (Considerando 15); la misma conclusión puede predicarse respecto del Reglamento de marca unitaria vistas las normas de competencia internacional previstas, aun no recogiendo expresamente esta aproximación en su texto. Consecuentemente, la concreción del concepto jurídico “domicilio” resulta esencial en ambos instrumentos. Esta operación se facilita en el marco Reglamento Bruselas, ya que para persona físicas se remite al ordenamiento jurídico nacional del Estado miembro que debe integrar este concepto (art. 62), y respecto de las personas jurídicas opera un concepto autónomo (art. 63), para incrementar la transparencia de las normas comunes y evitar los conflictos de jurisdicción. Esto no se predica respecto del Reglamento de marca unitaria en el que se utiliza este mismo concepto jurídico como criterio de conexión de competencia (alternativo de sede o establecimiento en su caso³¹), pero sin que tenga referencia alguna de cómo éste debe integrarse -el ordenamiento jurídico aplicable, ya que no se ha optado por recoger concepto autónomo a los efectos del instrumento-.

10. Ahora bien, al margen de los evidentes aspectos positivos señalados en relación con el fuero general del domicilio del demandado, su única consideración podría llegar a vulnerar en ocasiones el derecho a la tutela judicial del demandante³²; por ejemplo si tuviera que litigar necesariamente ante este foro en circunstancias en las que esta jurisdicción no estuviera próxima al litigio y en una lengua distinta a la suya o, cuando sea necesario contratar la defensa jurídica a otro profesional (bien por desconocimiento de las normas procesales de aquél país o por carácter de habilitación necesaria para litigar en ese Estado)³³.

Por ello es necesario que el foro del domicilio del demandado se complete con otros foros alternativos, siempre que la estrecha conexión existente entre el órgano jurisdiccional y el litigio en cuestión así lo justifique, o sea conveniente para facilitar una buena administración de justicia. Precisamente la toma en consideración de la existencia de una estrecha conexión, que en su caso permite desplazar de forma alternativa el conocimiento del asunto por el foro natural del domicilio del demandado, garantiza esa imperativa seguridad jurídica, evitando la posibilidad de que una persona domiciliada dentro de la Unión sea apartada de esa jurisdicción y pueda ser demandada ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que no hubiera podido prever razonablemente³⁴. La determinación de esos criterios de conexión especiales suficientemente vinculados con el litigio y distintos del domicilio del demandado tiene particular importancia cuando se refiere a ciertos ámbitos litigiosos, especialmente en materia extracontractual y la concreción del lugar del daño como criterio de conexión. Substancialmente esto se manifiesta en relación con los litigios relativos a obligaciones no contractuales derivadas de vulneraciones de derechos inmateriales que no son objeto de registro, como los vinculados a la personalidad³⁵, a diferencia de la generalidad de derechos de propiedad industrial cuyo registro y publicidad es típicamente de carácter constitutivo con ciertas salvedades como el derecho de autor³⁶. No obstante, como da muestra la nutrida doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia también manifiesta problemas de

³¹ Por lo que la labor jurisprudencial en este ámbito resulta esencial. *Vid.* notas 23 y 24.

³² *Vid.* STEDH 1 marzo 2016, *Arlewin c. Suecia*, ref. nº 22302/10.

³³ En este sentido, el coste de litigación debe asumirse por el demandante, que debe desplazarse al Estado del domicilio del demandado y adaptarse a las peculiaridades procesales y procedimentales de aquel país; asumiendo los gastos que ello supone. *Vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Foro del domicilio del demandado y Reglamento Bruselas ‘I-bis 1215/2012’. Análisis crítico de la regla actor sequitur forum rei”, *CDT*, Marzo 2019), Vol. 11, Nº 1, pp. 112-138, esp. p. 116, donde se refiere a esta cuestión utilizando la terminología “viaje jurisdiccional”.

³⁴ *Vid.* considerando 16 Reglamento Bruselas I bis.

³⁵ Sobre el particular, entre otros, J. J. ÁLVAREZ RUBIO, “Jurisdicción, competente y ley aplicable en materia de difamación y protección de los derechos de la personalidad”, *AEDIPr*, nº 11, 2011, pp. 89-118; s. S.ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Una nueva, provisional y discutible delimitación de la competencia judicial internacional en materia de atentados a los derechos de la personalidad”, *La Ley Unión Europea*, 95, 2021, pp. 1-15; B. HESS, “The Protection of Privacy in the Case of Law of the Court of Justice of the European Union”, en B. HESS y C. MARIOTTINI, (eds.), *Protecting Privacy in International and Procedural Law and by Data Protection European and American Developments*, 2015, Baden-Baden: Ashgate-Nomos, pp. 81-113; C. I. CORDERO ÁLVAREZ, *Litigios internacionales sobre difamación y derechos de la personalidad*, Dykinson, Madrid, 2015, Capítulo III.

³⁶ A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, “Regulación en la comunidad Europea de las infracciones internacionales de derechos de autor cometidas en Internet y de contratación internacional de bienes digitales”, *Revista iberoamericana de derecho de autor*, nº 6, julio-diciembre, 2009, pp. 66-110.

concreción en el sector de la tutela de los derechos de propiedad intelectual cuando el medio por el que se comete la infracción sea Internet³⁷.

11. Como se ha anticipado, dentro del catálogo de competencias especiales que pueden aplicarse en el marco de las acciones y demandas relativas a infracciones de derecho de marca, que permite al demandante instar acción contra una persona fuera del Estado de su domicilio, se encuentra el fuero de pluralidad de demandados consagrado en el art. 8, apartado 1º del Reglamento Bruselas I *bis*, cuando se cumplan sus presupuestos de aplicabilidad. Esta regla se justifica dentro del objetivo específico de reducir al máximo dentro de la Unión la posibilidad de procedimientos paralelos que puedan generar distintas resoluciones contradictorias entre sí. Se vincula, por tanto, con los supuestos de litispendencia y conexidad, así como las soluciones articuladas en el sistema Bruselas para estos casos³⁸. El fuero de pluralidad de demandados es la primera de las competencias derivadas del Reglamento Bruselas I *bis*, previstas para aquellos casos en que existe un único demandante frente a una pluralidad de demandados y entre las distintas demandas existe un grado de conexión tal que justifica la tramitación conjunta en un único proceso –evitando así posibles sentencias inconciliables de distintas jurisdicciones nacionales de Estados miembros³⁹.

Partiendo del presupuesto del cumplimiento del ámbito espacial, por el que todas las partes codemandadas tienen su domicilio en un Estado miembro⁴⁰, Alemania y Polonia en el asunto de referencia, corresponde analizar la concurrencia en este supuesto de la doble condición exigida para que los tribunales Alemanes pudieran fundamentar su competencia internacional frente a los codemandados polacos con base en el art. 8.1º para reclamar el cese de actuaciones -lesivas del derecho de marca-, y cuantificación indemnizatoria por los daños sufridos.

3. Nexo de conexión suficiente como requisito esencial para la aplicación del foro de pluralidad de demandados

12. Es necesario recurrir a la interpretación que de esta regla especial, que predica la competencia del foro de conexidad de la pluralidad de demandados, se ha realizado por la doctrina desde su primera aparición en el Convenio de Bruselas⁴¹ y posteriormente el Reglamento nº 44/2001 (Bruselas I)⁴², hasta el vigente Reglamento 1215/2012; en particular, en lo que respecta a la doble condición exigida por la norma para su aplicación y que es vinculada a la concurrencia de la misma situación de hecho y de Derecho entre las distintas acciones que puedan plantearse ante jurisdicciones nacionales de Estados miembros distintos para que se dé ese peligro de sentencias irreconciliables entre sí que justifique su aplicación.

En este sentido, hasta el momento las cuestiones más significativas que se han planteado han surgido en relación con la verificación de la concurrencia de la misma situación de Derecho entre las pretensiones relacionadas, lo que se vincula a la necesidad o no de litisconsorcio pasivo y si las de-

³⁷ Entre otras, las Sentencias ya referidas dictadas en los asuntos *Pinckney* y *Hejduk*. *Vid. supra* nota pie nº 6.

³⁸ Sección 9 del Capítulo II del Reglamento Bruselas I *bis*, *integrado por los artículos 29 a 34*.

³⁹ Esta previsión es el presupuesto que a tal efecto estableció en TJCE en relación con el Convenio de Bruselas de 1968 en el asunto *Kalfelis* (sentencia de 27 de septiembre de 1988, C-189/1987, pp. 5565-5587, *Journ. dr. int.*, 1989-2, pp. 457-461, nota de A. HUET; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1989-1, pp. 117-123, nota de H. GAUDEMET-TALLON).

⁴⁰ *Vid.* STJCE de 11 de abril de 2013, C-645/11, asunto *Sapir y otros* (ECLI:UE:C:2013:228), y anteriormente STJCE, de 27 de octubre de 1998, as. C-51/97, *Alblasgracht VOO2* (ECLI:EU:C:1998:509).

⁴¹ Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Bruselas el 27 de septiembre de 1968 (para la versión codificada. DOCE C núm. 27, de 26 de enero de 1998, pp. 1 -27)

⁴² En el Reglamento Bruselas I se mantuvo la fórmula deducida por el TJUE en el asunto *Kalfelis* (STJCE de 27 de septiembre de 1988, ECLI:EU:C:1988:459) para esta disposición en relación con el Convenio de Bruselas, y ello pese a que se plantearon propuestas en un sentido más restrictivo. Entre ellas, A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “La revisión del Art. 6, apartado primero, del Convenio de Bruselas: pluralidad de demandados», *La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales: una reflexión preliminar española*, Seminario celebrado en Tarragona, 30-31 de mayo de 1997, Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 342 y ss. El Art. 6.1º RBI utilizaba una expresión exacta con la que se definía la conexidad en el art. 28.3 RBI y en términos similares el RBI *bis* (art. 8.1 en relación con el 30.3), si bien con ciertos matices terminológicos: sentencias irreconciliables o contradictorias. *Vid.* I. HEREDIA CERVANTES, *PROCESO INTERNACIONAL Y PLURALIDAD DE PARTES*, GRANADA, 2002, pp. 132 y 135-138.

mandas acumuladas deben tener idénticos fundamentos jurídicos para que se aplique este precepto. La respuesta en ambos casos es negativa, pues no es necesaria la concurrencia de litisconsorcio pasivo entre los que ostentan la condición de demandados en los procedimientos vinculados, ni que haya identidad en los fundamentos jurídicos en las distintas demandas conectadas. Es suficiente para cumplir con la condición de identidad de supuesto de Derecho siempre que se dé una estrecha relación entre los asuntos⁴³, con el fin de evitar el *forum shopping* y las consecuentes situaciones no deseadas de acumulación de acciones sin vinculación suficiente⁴⁴. En consecuencia, se obliga a los juzgadores nacionales a realizar una tarea previa a la aplicación de esta regla, consistente en entrar a valorar cuándo se considera que las sentencias son contradictorias en el sentido de este artículo a la luz de la jurisprudencia existente⁴⁵. En cualquier caso, siempre hay que tomar en consideración los objetivos de buena administración de justicia⁴⁶ para determinar la aplicación de la regla especial de competencia del art. 8.1º.

13. En el ámbito de la litigación transfronteriza vinculada a la infracción de derechos de propiedad industrial e intelectual con demandados domiciliados en distintos Estados (miembros), la interpretación de este fuero resulta particularmente controvertido. De ello da muestra la nutrida jurisprudencia del Tribunal de Justicia resolviendo sobre el particular en relación con distintos supuestos de tutela frente a infracción de diferentes derechos de propiedad industrial e intelectual. Resulta conveniente hacer referencia a las principales resoluciones del Tribunal en esta materia, para ver la evolución que la doctrina jurisprudencial ha operado en este ámbito, para finalmente concretar en un supuesto de violación de marca de la Unión -como es el caso objeto de estudio-, si la nueva sentencia analizada manifiesta o no un progreso significativo respecto de lo ya existente, qué elementos nuevos aporta y qué consecuencias supone para la futura práctica litigiosa transfronteriza en esta materia u otras análogas.

A) Infracción de derecho unitario como misma situación de Derecho: evolución de la doctrina del TJUE

14. Para el caso de litigios por violación de patentes en distintos Estados miembros, la doctrina del Tribunal de Justicia se ha manifestado restrictiva al recurso de la regla de la pluralidad de demandados, a la luz de la conocida -y controvertida- Sentencia *Roche*⁴⁷. En esta resolución el Tribunal rechaza la posibilidad de su aplicación al considerar que no puede apreciarse la existencia de “una misma situación de Derecho”, incluso en un supuesto como el que se resolvía, en el que las patentes nacionales supuestamente vulneradas derivaban de una misma patente europea, pero que afectaban a distintas partes nacionales de la misma al producirse el comportamiento lesivo de los codemandados (venta de los mismos productos) en distintos Estados miembros. De esta manera, el Tribunal se apartaba de su propia aproximación significativamente más laxa -aunque no establecida específicamente en el marco de los

⁴³ Entre la doctrina nacional e internacional, *vid.* I. HEREDIA CERVANTES, *Proceso internacional y pluralidad de partes*, *ob. cit.*; J. FAWCETT, “Multy-Party Litigation in Private International Law”, *Int.l Comp. L. Q.*, vol. 44, 1995, pp. 744-770; A. QUIÑONES ESCAMEZ, *El foro de la pluralidad de demandados en los litigios internacionales*, Madrid, 1996. Lo que se ratifica por la jurisprudencia del TJ. Véase, STJCE, asunto *Freeport plc/olle Arnoldsson*, de 11 de octubre de 2007, as. C-98/2006 (ECLI:EU:C:2007:595).

⁴⁴ STJUE 13 de julio de 2006, *Roche Nederland and others*, C-539/03 *ob. cit.*

⁴⁵ Siendo esta la posiblemente mayor dificultad derivada de la doctrina *Kalfelis* (*cf.* H. GAUDEMET-TALLON, nota a la Sentencia, *ob. cit.*, p. 119). Esta crítica al art. 6.1 de anterior Reglamento Bruselas I, por su rigurosidad y amplitud, son extrapolables para el texto revisado, pues no cambia en nada el tenor literal de la regla en el 8.1 del Reglamento Bruselas I *bis*.

⁴⁶ *Cf.* A. HUET, nota a la Sentencia *Kalfelis*, *op.cit.*, p. 459.

⁴⁷ STJUE 13 de julio de 2006, *ob. cit.* En este asunto se acusaba a las varias demandadas, pertenecientes a un mismo grupo de sociedades, de infracción de derecho de patente como consecuencia de la comercialización de los mismos productos en distintos Estados miembros. Un análisis crítico de esta sentencia puede verse en A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, “Jurisprudencia española y comunitaria de Derecho internacional privado - Derecho judicial internacional - Competencia judicial internacional - Pluralidad de demandados - Demanda por violación de patente europea en varios Estados contratantes - Cuestión incidental relativa a la nulidad de la patente - No procede la competencia de un mismo tribunal para todos los demandados: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Primera) de 13 de julio de 2006, Asunto C-539/03, *Roche Nederland BV y otros c. F. Primus y M. Goldenberg*”, *REDI*, 58(2), 2006, pp. 947-951.

derechos de propiedad industrial- consagrada en anteriores resoluciones, como por ejemplo en el asunto *Freeport plc/olle Arnoldsson*⁴⁸, donde el Tribunal se manifiesta favorable a la aplicación de esta regla de competencia cuando exista una conexión estrecha entre las demandas.

El planteamiento restrictivo consagrado en *Roche* fue posteriormente avalado en el asunto *Solvay*⁴⁹, aunque el resultado difiriera por cuanto que fue favorable a la aplicación de la regla de la pluralidad de demandados, atendiendo a los elementos concretos del caso. Para el Tribunal de Justicia la respuesta favorable se justificaba porque en este supuesto además de que se dieran las circunstancias de *Roche* (que a las codemandas, varias sociedades pertenecientes a un mismo grupo, se les imputara la infracción de derechos de patente como consecuencia de la comercialización de los mismos productos), también se daba el hecho de que esas violaciones se cometieron en los mismos Estados miembros, de modo que lesionan las mismas partes nacionales de la patente europea controvertida (ap. 29, sentencia *Solvay*). Consecuentemente, en ese asunto al ir referidos los hechos litigiosos a los mismos actos de infracción respecto de una misma patente nacional cabía apreciar que se trataría de pronunciamientos sobre una misma situación de Derecho -a diferencia de la situación en el asunto *Roche*-, abriendo la posibilidad del recurso al fuero de pluralidad de demandados.

15. Por cuanto se refiere a los derechos de autor y derechos conexos, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se manifiesta más flexible en relación con la aplicación de esta regla. La justificación se encuentra precisamente en la armonización -vía Directivas- operada en el seno de la Unión en esta materia, que permite utilizar esta circunstancia como un elemento significativo para apreciar la existencia de esa misma situación de Derecho, necesaria para fundamentar la competencia de un tribunal nacional en el art. 8, apartado 1º, para poder conocer de demandas presentadas contra varios demandados por violaciones sustancialmente idénticas de derechos de propiedad intelectual basadas en legislaciones nacionales diferentes.

A este respecto resulta muy significativa la sentencia *Painer*⁵⁰, en la que el tribunal concluyó que la aplicación de esta regla no debe excluirse por “el mero hecho de que las demandas presentadas contra varios demandados por violaciones sustancialmente idénticas de derechos de autor se basen en legislaciones nacionales diferentes, según los Estados miembros” (apartado 84 y nº 1 del Fallo). De esta resolución cabe apreciar que el Tribunal intenta corregirse respecto de lo resuelto en *Roche* -doctrina que no menciona- y acoge la tesis propuesta por el Abogado General Trstenjak quien, en sus conclusiones, recogió las principales críticas a esta sentencia para fundamentar una necesaria evolución en la interpretación de este fuero de conexidad⁵¹. Particularmente interesante resultaba que en sus conclusiones el Abogado General propusiera tan abiertamente al Tribunal que modificara su criterio anterior sobre un aspecto con significativa trascendencia práctica para la tutela transfronteriza de la propiedad intelectual (aún no se ha logrado).

El Tribunal de Luxemburgo precisa que puede existir entre las distintas demandas la conexión necesaria exigida para la aplicación de este fuero -y, en consecuencia, que las potenciales resoluciones puedan resultar inconciliables al plantearse en el marco de una misma situación de hecho y de Derecho-, aunque las pretensiones ejercitadas frente a los distintos demandados se basen en fundamentos jurídicos distintos “siempre que sea previsible para los demandados que éstos pueden ser demandados en el Estado miembro en el que al menos uno de ellos tiene su domicilio” más aun cuando “las normativas nacionales en que se basan las acciones ejercitadas contra los diferentes demandados resultan esencialmente

⁴⁸ STJUE de 11 de octubre de 2007 (*ob. cit.*), sin que sea necesario que se dé un litisconsorcio pasivo ni que las demandas acumuladas tengan idénticos fundamentos jurídicos para su aplicación. Véase apartados 38 a 40, 47, 52 y 54 y puntos 1 y 2 del fallo.

⁴⁹ STJUE 12 de julio de 2012, *Solvay*, as. C-616/10 (EU:C: 2012:445).

⁵⁰ STJUE, Sala Tercera, de 1 de diciembre de 2011, *Painer*, As. C-145/10 (EU:C:2011:798). Un análisis de esta resolución, entre otras, puede verse en C. I. CORDERO ÁLVAREZ, “Demandas presentadas contra varios demandados por violaciones sustancialmente idénticas de derechos de autor basadas en legislaciones nacionales diferentes”, *AEDIPr*, Tomo XI, 2011, pp. 1084-1085; B. CAMPUZANO DÍAZ, “El TJUE de nuevo con el foro de la pluralidad de demandados. Nota a la sentencia de 1 de diciembre de 2011 en el asunto *Painer*”, *CDT* (Marzo 2012), Vol. 4, Nº 1, pp. 245-255.

⁵¹ *Vid.*, entre otros, H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 4ª ed., 2010, p. 255; si bien en relación con el art. 6.1 del anterior Reglamento Bruselas aunque totalmente extrapolable al vigente art. 8.1º.

idénticas” (aps. 81 y 82, *Painer*). Consecuentemente, para el Tribunal este precepto no está restringido a aquellos supuestos en los que exista una unificación normativa plena⁵², es decir, no se requiere una identidad de bases jurídicas, siendo un factor significativo para tener en cuenta que exista un grado sustancial de armonización en la materia. De esta suerte, la solución que da el Tribunal en *Painer* cumple con la necesaria revisión de la doctrina *Roche* sobre la restrictiva interpretación de la posibilidad de recurrir a este fuero en litigios relativos a la infracción de derechos de propiedad intelectual de diversos Estados miembros, y que resulta más adecuada dentro del contexto de la Unión. Las consecuencias prácticas de esta sentencia son más que significativas en la práctica litigiosa dentro del territorio de la Unión en este ámbito. Tras la doctrina *Painer*, el nivel de armonización comunitaria actual en materia de derechos de propiedad intelectual permite la posibilidad de presentar ante un mismo tribunal demandas frente a varios demandados domiciliados en distintos Estados miembros, en relación con infracciones de derechos de exclusiva de Estados distintos.

En conclusión, la sentencia *Painer* -aunque relativa a derechos de autor-, parece que conduce a una importante y positiva evolución de la doctrina del Tribunal de Luxemburgo frente a su antecesora *Roche*, en particular en lo que respecta a los elementos a considerar para apreciar que existe una identidad de situación de Derecho⁵³. Esta conclusión es consecuencia, especialmente, de que conforme a esta doctrina para la aplicación del fuero de pluralidad de demandados no condiciona -negativamente- el hecho de que las demandas por violaciones sustancialmente idénticas de derechos de propiedad intelectual vayan referidas a infracciones de derechos de países diferentes, y por lo tanto regidas por legislaciones distintas, en especial si tales legislaciones han sido objeto de una relevante armonización -armonización suficiente que pueda traducirse en la relación de conexión entre las demandas exigida por el artículo-.

16. Ya en el concreto marco de la operatividad del fuero de pluralidad de demandados en relación con litigios relativos a infracción de derechos de propiedad industrial unitarios, entre los que se encuentra la marca comunitaria o de la unión junto con los dibujos y modelos comunitarios, encontramos jurisprudencia más relevante en relación la sentencia *Polska* objeto de estudio; en particular al Sentencia *Nintendo* referida por las partes en sus observaciones por escrito. Se parte de la premisa de que el sistema de normas de competencia contenidas en el Reglamento sobre Marca de la Unión Europea (Reglamento 2017/1001) y su interacción con las normas del Reglamento Bruselas I *bis*, analizado anteriormente (apartado II.1) coincide en lo esencial con el sistema previsto a tal efecto en el Reglamento (CE) 6/2002, sobre los dibujos y modelos comunitarios⁵⁴, en relación a los litigios relativos a la infracción de dibujos y modelos comunitario, y viceversa; lo que permite extrapolar por analogía la doctrina jurisprudencial con la que hasta el momento contábamos sobre la posible apreciación de la condición de identidad de supuesto de Derecho entre las pretensiones sobre la base de esa reglamentación uniforme⁵⁵.

A este respecto es necesario precisar el alcance de la indicada sentencia *Nintendo*, aludida por el propio tribunal remitente en el litigio principal, para abordar la posible aplicación de los principios asentados en esta sentencia para la aplicación del fuero de pluralidad de demandados a un supuesto como el de referencia. En esta resolución el Tribunal de Justicia pone de relieve que el carácter unitario del derecho conferido por un dibujo o modelo europeo -de conformidad con el Reglamento 6/2002- abre la puerta a la utilización del art. 8. 1º del Reglamento Bruselas I *bis* en supuestos en los que varios demandados vulneren ese derecho en varios Estados miembros al apreciar que se trata de una misma situación de Derecho; partiendo de la consideración que el derecho exclusivo produce los mismos efectos

⁵² Como así ocurre en lo que respecta a los derechos de exclusiva de carácter unitario establecidos vía Reglamento como es el caso de las marcas de la Unión, como en el asunto de referencia, siendo este factor un elemento que opera como presunción favorable para apreciar la existencia de una misma situación de Derecho si las pretensiones se refieren a cuestiones reglamentadas por el instrumento europeo.

⁵³ Para entender que se está ante una misma situación de hecho se precisa el factor de previsibilidad para los demandados, que podrá determinarse en función de si aquellos han actuado o no de forma independiente (apartado 83, Sentencia *Painer*).

⁵⁴ Reglamento (CE) nº 6/2002 del Consejo, de 12 de diciembre de 2001, sobre los dibujos y modelos comunitarios. DOUE-L-2002-80006

⁵⁵ Así como el alcance de la competencia de los tribunales nacionales en función de fuero aplicado en los términos interpretado por el Tribunal de Justicia. *Vid. supra* nota nº 10 y referencia a sentencia *Nintendo*.

en el conjunto de la Unión, por lo que el hecho de que el juez nacional aplique el Derecho nacional para adoptar determinadas resoluciones carece de relevancia a estos efectos. Se trata de un planteamiento totalmente distinto del que previamente había utilizado el Tribunal en el asunto *Roche*, donde declaró que los distintos fundamentos de las demandas carecían de importancia a la hora de apreciar el riesgo de que se dicten resoluciones contradictorias y, en consecuencia, no se cumplía ese nexo de conexión necesario para justificar la regla de competencia de pluralidad de demandados⁵⁶. Con esta aproximación el Tribunal de Justicia facilita al perjudicado la posibilidad de obtener tutela frente a la infracción de su derecho en varios Estados miembros ante la jurisdicción nacional de un único Estado miembro sobre la base de su carácter unitario.

17. Un análisis por analogía de la sentencia *Nintendo* al litigio principal, permitiría apreciar que existe una misma situación de Derecho cuando las diferentes pretensiones tienen por objeto la infracción en varios Estados miembros de un mismo derecho unitario, ya sea un dibujo o modelo comunitario o una marca de la Unión⁵⁷. De esta suerte, la obligación del juez nacional competente de aplicar el Derecho nacional, prevista en los artículos 129 y 130 del Reglamento de marca de la Unión -en términos análogos a lo establecido en los artículos 88 y 89 del Reglamento de dibujos y modelos comunitarios-, no se opondría a que se constate la existencia de una misma situación de Derecho en el litigio principal, por dos motivos esenciales. En primer lugar, ya que en el artículo 9, apartados 1 y 2, del Reglamento de marcas se consagra el derecho exclusivo del titular de una marca de la Unión por su registro y el correlativo de prohibir a cualquier tercero su uso sin su consentimiento, que son derechos que el titular pretende proteger mediante la acción por violación de marca. En segundo lugar, porque esa marca produce los mismos efectos en el conjunto de la Unión en virtud del artículo 1, apartado 2, del Reglamento de marcas.

Ahora bien, esta presunción parece que no cabe, de conformidad con la aún vigente doctrina *Roche*⁵⁸ en relación con la violación de otros derechos asimilables como la patente europea, según la cual esta apreciación no opera cuando se refiera a demandas por infracción de una patente europea concedida para varios Estados, cuyo contenido viene determinado por las correspondientes legislaciones nacionales⁵⁹. Esta distinta aproximación doctrinal, en función del tipo de derecho de propiedad industrial unitario, puede resultar controvertida y no suficientemente justificada teniendo en cuenta las más que significativas consecuencias prácticas en la litigación transfronteriza dentro de la Unión⁶⁰.

18. Una de las cuestiones más relevantes de la nueva sentencia objeto de estudio radica, principalmente, en la constatación de que la aproximación llevada a cabo por el Tribunal de Justicia en el asunto *Nintendo*, para la operatividad de la regla de competencia de la pluralidad de demandados del art. 8.1º, puede también aplicarse con respecto a las infracciones de marcas de la Unión⁶¹. De esta suerte, cabe apreciar que la condición exigida referida a la existencia de una misma situación de Derecho se cumple cuando el demandante busque proteger su derecho exclusivo sobre una marca de la Unión, que, dado su carácter unitario, produce los mismos efectos en todo el territorio de la Unión Europea⁶².

No puede obviarse los beneficios -principalmente en costes de litigación- que esta doctrina conlleva; pues el demandante puede litigar ante una única jurisdicción nacional de un Estado miembro con competencia universal, es decir, puede plantear todas las pretensiones en torno a la infracción de sus derechos de exclusiva vinculados a un derecho de propiedad industrial unitario del que sea titular, respecto de todos los territorios de la Unión. Ahora bien, estos beneficios no pueden extrapolarse a todos

⁵⁶ El tribunal conscientemente se aparta de su doctrina anterior e indica que sigue un planteamiento distinto. *Vid.* Sentencia *Nintendo* (*loc. cit.*), apartados 46 y 47.

⁵⁷ Por aplicación analógica de esta doctrina, en los términos ya señalados por el Abogado General en sus conclusiones. *Vid.* Conclusiones del Abogado General Sr. Jean Richard de la Tour, presentadas el 23 de marzo de 2023 (ECLI:EU:C:2023:250), punto 37.

⁵⁸ No referida en la sentencia que ahora se analiza, pero sí en *Nintendo* (apartado 46)

⁵⁹ *Vid.* Sentencia *Roche*, apartados 30 a 32.

⁶⁰ P.A. DE MIGUEL ASENSIO, "Contratos de distribución exclusiva y pluralidad de demandados...", *ob. cit.*, p. 5.

⁶¹ *Vid.* Apartados 29 a 31 de la Sentencia *Polska*.

⁶² Como resulta de los aps. 29 a 31 de la Sentencia *Polska*.

los casos en los que estén implicados potencialmente derechos unitarios. Así, a la luz de la aún vigente doctrina *Roche*, que no ha sido desbancada en las recientes resoluciones -pues o bien directamente se omite, como en esta resolución o *Painer*; o bien se indica que se sigue otra aproximación, como en *Nintendo-*, para el caso de la infracción de patentes nacionales de patente europea por los mismos actos desarrollados en distintos Estados miembros, no cabe acudir ante la jurisdicción nacional de un único Estado miembro mediante el recurso al fuero del artículo 8. 1º del Reglamento Bruselas I *bis*.

B) Contratos de distribución en exclusiva como vínculo entre los codemandados para acreditar situaciones de hecho idénticas

19. La segunda y más relevante aportación de la sentencia *Polska* se vincula al análisis que realiza el Tribunal de Justicia de la posibilidad de apreciar el requisito adicional de la existencia de “una misma situación de hecho”, en un supuesto como el enjuiciado en el del litigio principal, como presupuesto para aplicar el fuero del artículo 8.1º. En esencia, lo que se analiza por el Tribunal es si la existencia de un contrato de distribución en exclusiva entre las partes codemandadas -sociedades independientes que no pertenecen a un mismo grupo, a diferencia de lo que ocurriría en el asunto *Nintendo-* por vulneración de derechos de marca es un vínculo o elemento suficiente para apreciar que se cumple ese requisito.

Recordemos que en el asunto de referencia la sociedad titular de varias marcas de la Unión presentó demanda ante los tribunales nacionales alemanes frente a dos sociedades (una domiciliada en Alemania y otra el Polonia) y sus respectivos administradores. No existe relación alguna entre los demandados domiciliados en Polonia y el demandado de conexión (administrador de la sociedad alemana), aunque se precisa que el administrador también es demandado como infractor (no solo como mero representante de la sociedad alemana). La pretensión ejercitada por el demandante frente a la sociedad con domicilio social en Polonia, cuyo administrador tiene igualmente domicilio en aquel país, se fundamenta en la supuesta infracción de sus derechos de marca por la producción y distribución de una bebida energética con un nombre que contiene denominación comprendida en su signo distintivo (*Vogue*) en dicho Estado miembro. Los otros codemandados, la sociedad alemana y su administrador, ambos domiciliados en el país germánico, distribuían en este Estado la referida bebida energética. La sociedad alemana y la polaca son independientes entre sí pero se vinculan a través de un contrato de distribución en exclusiva del producto (la bebida energética) para Alemania siendo que la sociedad alemana adquiriría el producto ya etiquetado con la denominación potencialmente infractora en Polonia.

La aplicación de la regla de competencia contenida en el art. 8.1º se niega por parte de los codemandados polacos en sede alemana por entender que no se cumplen los presupuestos condicionantes exigidos para que opere la norma, en particular, la identidad de supuesto de hecho en relación con las pretensiones formuladas frente a las respectivas codemandas. A este respecto, sostienen que no se les puede imponer esta norma ya que ellos solo operan y distribuyen los productos controvertidos a sus clientes exclusivamente en Polonia, incluyendo a la empresa alemana codemandada, siendo que además que no les une ningún vínculo pertinente entre ellos y la sociedad alemana y su administrador. Ante estas circunstancias, el Tribunal de Justicia analiza si concurren elementos suficientes, en particular por lo que respecta a la única relación de suministro entre las sociedades codemandadas, para acreditar la existencia del nexo suficiente que este fuero exige para que opere en sustitución de la regla general del domicilio del demandado.

20. El Tribunal de Justicia parte del carácter excepcional del fuero de pluralidad de demandados en el sistema Bruselas, en relación con el fuero general del domicilio del demandado del art. 4, lo que exige una interpretación restrictiva de esta regla especial que impida su aplicación más allá de los supuestos explícitamente contemplados en el Reglamento⁶³. A este respecto, recogiendo doctrina previa (en particular asunto *Solvay*) el Tribunal de Justicia señala las circunstancias o elementos que deben tener en cuenta los tribunales nacionales para poder apreciar si existe un punto de conexión entre las distintas

⁶³ *Vid.* ap. 35, Sentencia *Polska*, con referencia expresa a la doctrina *Solvay* (*loc. cit.*), en su apartado 21.

demandas presentadas ante él para el cumplimiento de los presupuestos, en particular, refiere la circunstancia de que varias sociedades establecidas en Estados miembros distintos son acusadas, por separado, de las mismas violaciones con respecto a los mismos productos⁶⁴.

La referencia a los concretos elementos relevantes para acreditar la existencia de la necesaria conexión entre las distintas pretensiones, se realiza por el Tribunal compartiendo la aproximación realizada por el Abogado General en sus conclusiones⁶⁵. Para concretar la existencia de un punto de conexión entre las distintas pretensiones se otorga especial importancia a la relación existente entre el conjunto de los actos de violación cometidos, sin que sean determinantes los vínculos organizativos o de capital entre las sociedades -codemandadas- en cuestión⁶⁶. Asimismo, para determinar la existencia de una misma situación de hecho, manifiesta particular relevancia la naturaleza de las relaciones contractuales existentes entre los supuestos infractores (cliente y proveedor)⁶⁷. En estos términos, bajo esta premisa, el Tribunal de Justicia establece que la existencia de un contrato de distribución exclusiva entre las partes puede ser suficiente para apreciar por el tribunal del Estado miembro la existencia de “una misma situación de hecho” a los efectos del posible recurso al art. 8.1º para fundamentar su competencia. En el asunto principal, en términos de previsibilidad para los codemandados no domiciliados – sociedad y administrador polacos-, el hecho de que las partes estuvieran vinculadas por un contrato de distribución exclusiva para el territorio alemán de las mercancías supuestamente infractoras de los derechos de marca del demandante, y que las acciones se insten precisamente en este país, hace de este elemento un factor relevante, aunque los productos se entregaran en Polonia (pues el país destino para la venta era claro y exclusivo: el territorio alemán).

Para el Tribunal de Justicia, la existencia de una relación contractual exclusiva de esta naturaleza entre los operadores puede hacer más previsible que los actos de violación de marca que se les imputan puedan considerarse parte de una misma situación de hecho (presunción *iuris tantum*), lo que puede justificar la competencia de un único órgano jurisdiccional -el de pluralidad de demandados- para pronunciarse sobre las pretensiones presentadas contra la totalidad de los operadores que cometieron tales actos⁶⁸. Para reforzar la conclusión del Tribunal, como factor adicional de conexión entre los codemandados en el asunto de referencia, se destaca el hecho de que por estos operadores se gestionan “dos sitios de Internet, cuyos nombres de dominio pertenecen a uno solo de los codemandados, a través de los cuales, mediante enlace entre esos sitios, se comercializaban los productos de que se trata en el litigio principal”⁶⁹. La vinculación de las partes codemandadas a través de un contrato de distribución exclusiva, y el nivel de colaboración existente entre ellas, no solo puede ser determinante para acreditar la existencia del punto de conexión necesario entre las demandas, sino también para apreciar “el carácter previsible de la obligación de responder a alegaciones de actos de violación de marcas que tengan el mismo origen”⁷⁰.

21. El análisis de las consideraciones generales que realiza el Tribunal de Justicia en su *obiter dicta*, puede resultar muy significativo en la práctica de la litigación trasfronteriza dentro de la Unión cuando se vean afectadas otras normas jurídicas relevantes, más allá de las circunstancias particulares del caso *Polska* que fundamenta su *ratio decidendi*. La argumentación utilizada por el Tribunal puede ser referida en otras situaciones litigiosas, en las que entre los codemandados exista vinculación mediante un contrato de distribución en exclusiva, para poder acreditar el tribunal nacional el nexo necesario entre las demandas, cuando éstas tengan por objeto exigirles responsabilidad derivada del marco jurídico aplicable en cuestión, en relación con la comercialización de los productos objeto del contrato de distribución.

⁶⁴ Apartado 29, Sentencia *Solvay*.

⁶⁵ *Vid.* puntos 48 y 60 a 65 de las Conclusiones del Abogado General Sr. Jean Richard de la Tour; para lo que se utiliza los elementos ya referidos previamente por el Tribunal en sentencias referentes analizadas en este ámbito, como son *Solvay*, *Painer*, *Nintendo* y *Roche*.

⁶⁶ Lo que resulta evidente si fueran sociedades pertenecientes al mismo grupo.

⁶⁷ Apartado 37, sentencia *Polska*.

⁶⁸ Apartado 38, sentencia *Polska*.

⁶⁹ Apartado 39, sentencia *Polska*.

⁷⁰ *Cfr.* apartado 40, sentencia *Polska*.

Este podría ser, por ejemplo, el caso de pretensiones vinculadas a reclamaciones de responsabilidad por productos para apreciar que las demandas se enmarcan dentro de la misma situación de hecho, frente a codemandados que sean eventualmente responsables por los daños causados por los productos objeto del contrato de distribución exclusiva. En particular, en el marco de aplicación de la normativa europea sobre la materia⁷¹, esta circunstancia además permitiría llegar a la conclusión de que se trata de una misma situación de Derecho si la armonización operada vía Directivas es suficiente para llegar a esta respuesta -en términos análogos a lo establecido en la doctrina *Painer*-. De esta manera, se podría apreciar la concurrencia de la doble condición que exige el fuero de la pluralidad de demandados, como presupuesto necesario para evitar resoluciones contradictorias en esta materia como consecuencia de procedimientos sustanciados en distintos Estados miembros, justificando la excepción de la norma general del domicilio del demandado.

22. Para finalizar, en el litigio principal en el análisis del alcance e interpretación ponderado y restrictivo de este fuero especial del sistema Bruselas I *bis*, por su naturaleza excepcional en relación con la regla general del art. 4, el Tribunal de Justicia reitera jurisprudencia previa. En este sentido, se recuerda que esta regla de competencia no permite demandar conjuntamente a varios demandados con el único fin de excluir a uno de ellos de la competencia de los tribunales naturales del Estado de su domicilio, al crear o mantener de forma artificial las condiciones para su aplicación del art. 8.1^o⁷². Ahora bien, en línea con la doctrina ya existente, para el Tribunal esta circunstancia no concurre cuando existe un estrecho vínculo entre las demandas presentadas contra cada uno de los codemandados en el momento de su interposición⁷³.

Consecuentemente, respecto del litigio principal, como el Abogado General en sus conclusiones ya había puesto de manifiesto, resulta necesario justificar el papel del demandado de conexión (en este caso, el administrador de la sociedad alemana) en la cadena de actos de violación de la marca⁷⁴, para que el órgano jurisdiccional ante el que se ha presentado la demanda vele por el cumplimiento de estos requisitos para fundamentar su competencia, justificadamente en base al art. 8.1^o, en relación con los codemandados domiciliados en Polonia. De esta suerte, es necesario que por el tribunal nacional se acredite que la elección del foro, desde la perspectiva de este sujeto cuyo domicilio justifica su competencia (como demandado de conexión), está justificada por la participación personal del representante legal de la sociedad en los actos de violación del derecho en cuestión; de tal manera que se evite el cumplimiento artificial de los requisitos de aplicación de la regla especial del artículo 8.1^o para sacar a los domiciliados en otros Estados miembros de su foro natural. Esta necesaria participación personal puede probarse de distintas formas de conformidad con la doctrina jurisprudencial y normativa aplicable en la materia⁷⁵. Así, sería posible probar este extremo -su participación- acreditando la utilización por demandado de conexión de un signo idéntico o similar a la marca en un contexto comercial o incluso su pasividad para impedir la violación o ponerle fin⁷⁶ (interviniendo por tanto en la cadena de actos de violación por acción o por omisión); también se podría demostrar su participación cuando hubiera intervenido en una actividad infractora del derecho, aun no siendo consciente pero con motivos razonables para saberlo⁷⁷ -por falta de diligencia que le es exigible o por negligencia-.

⁷¹ Como es el caso de la Directiva sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, 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. DOUE-L-1985-80678. Este instrumento aproxima las legislaciones de los Estados miembros en esta materia.

⁷² En este sentido, véase la STJUE de 21 de mayo de 2015, *CDC Hydrogen Peroxide*, as. C-352/13, (EU:C:2015:335), apartados 27 a 29 y jurisprudencia allí citada.

⁷³ Esto es, cuando esté justificado que las demandas sean tramitadas y juzgadas al mismo tiempo con el objeto de evitar resoluciones que podrían ser contradictorias si se juzgasen los asuntos independientemente. En este sentido se manifiesta, entre otras, en la STJUE de 11 de octubre de 2007, *Freepport*, as. C98/06 (EU:C: 2007:595), apartados 52 a 54.

⁷⁴ *Vid.* apartados 4 y 15 de las conclusiones del Abogado general Sr. Jean Richard de la Tour (*loc. cit.*).

⁷⁵ *Vid.* apartado 77 de las Conclusiones del Abogado general

⁷⁶ Por analogía, en aplicación de la STJUE de 23 de marzo de 2010, *Google France y Google*, C-236/08 a C-238/08, (EU:C:2010:159), apartado 120.

⁷⁷ Siguiendo el tenor literal artículo 13, apartado 1, de la Directiva 2004/48 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual, disposición sobre la exigencia del pago de daños y perjuicios por las autoridades a los infractores de este tipo de derecho, siendo aquellos los que participen en la violación tanto a sabiendas como los que debían saberlo por existir motivos razonables para su conocimiento.

En cualquier caso, la prueba de la existencia de la necesaria relación de conexión entre las demandas se mantiene con independencia de cuál sea el desarrollo particular del procedimiento. Así, en el asunto de referencia, el desistimiento del recurso inicialmente interpuesto por las codemandas alemanas (la sociedad y su administrador, este último como demandado de conexión) no incide en modo alguno en la necesidad de comprobar por el tribunal nacional de la existencia de una relación estrecha entre las pretensiones formuladas frente a todos los codemandados en el momento de su presentación⁷⁸ para fundamentar su competencia universal justificadamente sobre la base del art. 8.1º del Reglamento Bruselas I *bis*.

III. Conclusiones

23. La Sentencia objeto de estudio aborda de nuevo la regla de competencia especial por conexión del art. 8.1 del Reglamento Bruselas I *bis*, en un supuesto de infracción de derecho de propiedad industrial cuando los demandados se encuentran domiciliados en distintos Estados miembros; en particular, en relación con la violación de distintos derechos de marca de la Unión. Partiendo del presupuesto de que ninguna disposición particular del Reglamento de Marca de la Unión prohíbe la aplicación del artículo 8 apartado 1º del Reglamento Bruselas I *bis* -ni prevé precisiones adicionales-, su recurso frente a una pluralidad de demandados, con un alcance ilimitado o universal para la totalidad del territorio de la Unión, resulta esencial en la práctica litigiosa en este sector material concreto. En virtud de esa norma, se puede demandar ante el órgano jurisdiccional del domicilio de cualquiera de los demandados, reduciendo los costes de litigación del perjudicado para conseguir la tutela de sus derechos conculcados en distintos territorios. Este foro puede ser designado en ocasiones, como en el litigio principal de la sentencia analizada, sobre la base del domicilio del demandado de conexión. Esta circunstancia incide en la necesidad de comprobar la existencia de una relación estrecha entre las demandas formuladas frente todos y cada uno de los codemandados en el momento de su presentación, con independencia del desarrollo del procedimiento, a los efectos de justificar la competencia de ese foro de pluralidad de demandados.

24. En el litigio principal, las circunstancias se enmarcan en la aplicación de las reglas de competencia del Reglamento de marca de la Unión y del Reglamento Bruselas I *bis*. En particular, se resuelve sobre la competencia internacional de un tribunal de marca de la Unión que conoce respecto de las pretensiones vinculadas a la infracción de derechos de marca unitaria por el art. 125 apartado 1º del Reglamento de marca, como lugar del domicilio del administrador de la sociedad alemana, al que califica de demandado de conexión, y respecto de los codemandados domiciliados en otro Estado miembro -Polonia- por el artículo 8.1º del Reglamento Bruselas I *bis*, en relación con el artículo 122.1º del Reglamento de marca, sobre la base de que entre las sociedades demandadas, independientes entre sí, únicamente existía un contrato de distribución en exclusiva de los productos infractores del derecho. Esta circunstancia, el hecho de que su único nexo de conexión fuera que estuvieran vinculadas por la exclusividad en el suministro en el primer Estado miembro (Polonia), si bien para distribución de productos exclusivamente en el segundo de los Estados (Alemania), deviene un elemento o factor determinante en la argumentación del Tribunal de Justicia para fundamentar su resolución en cuanto a la concurrencia de identidad necesaria de la situación de hecho.

⁷⁸ En que respecta a la fase del procedimiento en la que debe apreciarse la existencia de esa relación de conexión entre las demandas, véase STJUE de 21 de mayo de 2015, *CDC Hydrogen Peroxide*, as. C352/13 (EU:C:2015:335), apartados 28 y 29, y las conclusiones del Abogado General Jääskinen presentadas en este asunto (EU:C:2014:2443), puntos 78 y 79. Previamente, el Tribunal de Justicia ya declaró en la Sentencia de 13 de julio de 2006, *Reisch Montage*, C103/05, (EU:C:2006:471), apartados 27 y 33, que el Derecho interno de los Estados miembros, en virtud del cual el recurso contra un codemandado es inadmisibile, no incide en la aplicación del artículo 6, punto 1, del Reglamento n.º 44/2001, actualmente artículo 8, punto 1. Específicamente en el ámbito de los derechos de marca unitarios, véase STJUE de 13 de octubre de 2022, *Gemeinde Bodman-Ludwigshafen*, as. C256/21 (EU:C:2022:786), apartados 55 y 58, y las conclusiones del Abogado General Pitruzzella (EU:C:2022:366), puntos 66 a 73, sobre la operatividad del principio de *perpetuatio fori*, en un supuesto donde la competencia de un tribunal de marcas de la Unión Europea, que conoce de una acción por violación basada en una marca de la Unión cuya validez se impugna mediante demanda reconvenzional de nulidad, se resuelve que se mantiene para pronunciarse sobre la validez de esa marca, pese al desistimiento de la acción principal.

25. En el ámbito de los litigios transfronterizos por violación de derechos de propiedad industrial, la aplicación de la regla de competencia del art. 8. 1º del Reglamento Bruselas I *bis* se manifiesta particularmente controvertida, en especial por lo que respecta a la constatación de identidad de la situación de Derecho, pero también para apreciar la misma situación de hecho cuando son varios los operadores intervinientes que desarrollan actividades potencialmente infractoras del derecho en distintos Estados. Precisamente la reciente sentencia del Tribunal de Justicia dictada en el asunto *Polska*, viene a completar la aproximación doctrinal existente aportando aclaraciones adicionales significativas para la apreciación del cumplimiento de la doble condición que exige el criterio de competencia de la pluralidad de demandados.

26. Por cuanto se refiere a la apreciación de la identidad de la situación de Derecho de las pretensiones conectadas relativas a infracción en distintos Estados miembros de derechos de exclusiva relativos a derecho de marca de la Unión, el Tribunal se reafirma en la aproximación doctrinal iniciada en la sentencia *Nintendo* para derechos de propiedad industrial unitarios. Esto supone que para los derechos de marca europea, los dibujos y modelos comunitarios el demandante cuenta con la más que significativa posibilidad de obtener la tutela frente a eventuales infracciones de su derecho en varios Estados miembros ante la jurisdicción nacional de un único Estado miembro: el del domicilio de uno de los codemandados con competencia de alcance universal, es decir, para todo el territorio de la Unión.

No obstante, esta aproximación, pese a los paralelismos que manifiesta con los supuestos de infracción de distintos derechos de patente nacional reconocidos por patente europea (atendiendo a su *obiter dicta*) no es extensible para estos casos; ya que nada se dice sobre el particular en la reciente resolución *Polska* -omitiendo referencia alguna a la doctrina *Roche*-, y pese a que sí se refiere en la sentencia *Nintendo*, únicamente lo hace el Tribunal para señalar que se aparta conscientemente de aquella aproximación para los dibujos y diseños unitarios. De esta suerte, sigue vigente la taxativa doctrina *Roche*, con las significativas consecuencias para la tutela de este tipo de derechos de propiedad industrial, ya que se obstaculiza el recurso al fuero de pluralidad de demandados cuando la infracción de los derechos de patente -nacionales- aun en el marco de una Patente europea, se verifique en distintos Estados miembros; teniendo que multiplicar los costes de litigación el perjudicado para satisfacer sus legítimos intereses frente a varios demandados (y pese al potencial peligro de resoluciones contradictorias por el hecho de que se apliquen Derechos nacionales distintos, en función de dónde se reclame la protección). Quizá en una próxima resolución en el marco de una nueva cuestión prejudicial, en el que puedan concurrir distintos factores ya indicados por el Tribunal como favorables para apreciar la identidad de situación de Derecho en relación con otros derechos de propiedad industrial, se manifieste un cambio de aproximación favorable para la operatividad del fuero de pluralidad de demandados para la tutela en el marco de la vulneración de una patente europea por infracciones en todo el territorio de la Unión.

27. El Tribunal de Justicia ha referido, en varias resoluciones, los factores determinantes para acreditar la existencia de una misma situación de hecho para que la regla de conexidad de la pluralidad de demandados pueda operar en relación con el conocimiento de pretensiones sobre infracción de derechos de propiedad industrial e intelectual en distintos Estados; lo que se completa con las precisiones incorporadas en la reciente Sentencia *Polska* cuando el único vínculo existente entre las demandadas es un contrato de suministro de carácter exclusivo. Entre los elementos de análisis por el órgano jurisdiccional nacional necesariamente deben incluirse todas las actividades de las distintas partes demandadas, y no limitarse a determinados aspectos o elementos de ellas. Consecuentemente, las comprobaciones del juez nacional deben centrarse en la relación que existe entre el conjunto de los actos de violación cometidos, y no tanto sobre los vínculos organizativos o de capital entre las partes demandas; por lo que la inexistencia de vínculos organizativos entre los codemandados no debería obstar para la agrupación de esas pretensiones ante un único juez, el del Estado miembro concretado en virtud del art. 8, apartado 1º del Reglamento Bruselas I *bis*. Igualmente carecería de importancia a estos propósitos que los actos realizados por los distintos operadores demandados sean idénticos -siendo suficiente que sean sustancialmente idénticos-, pudiendo invocarse la existencia de una cadena de actos de violación que incluya varios hechos, desde la fabricación hasta la comercialización de los productos infractores -con o sin intermediario- para acreditar que las demandas se enmarcan dentro de una misma situación de hecho.

A estas razones obedece la afirmación del Tribunal en el litigio principal, de que el fuero de pluralidad de demandados debe interpretarse en el sentido de que varios demandados domiciliados en Estados miembros distintos pueden ser demandados ante el órgano jurisdiccional del domicilio de uno de ellos que, en el marco de una acción por violación de marca, conoce de las demandas presentadas contra todos esos demandados por el titular de una marca de la Unión cuando se imputa a estos una infracción materialmente idéntica de esa marca cometida por cada uno de ellos, en caso de que esos demandados estén vinculados por un contrato de distribución exclusiva.

28. La aproximación realizada por el Tribunal de Justicia sobre la presunción de existencia de una misma situación de hecho cuando entre las partes exista un contrato de distribución en exclusiva, aun siendo personas jurídicas independientes sin otra vinculación, podría abrir la puerta, por analogía, a la aplicación del art. 8. 1º del Reglamento Bruselas I *bis* a otros supuestos litigiosos transfronterizos englobados dentro de otros marcos normativos distintos de la tutela de los derechos de propiedad industrial. La argumentación utilizada por el Tribunal justicia podría alegarse por el órgano nacional, como foro de pluralidad de demandados, para apreciar la existencia del nexo necesario entre las demandas, cuando entre los codemandados exista un contrato de distribución en exclusiva, y las demandas tengan por objeto exigirles responsabilidad -derivada de la normativa aplicable-, en relación con la comercialización de los productos objeto del contrato de distribución. El ejemplo típico sería demandas vinculadas a reclamaciones de responsabilidad por productos frente a codemandados que sean eventualmente responsables por los daños causados por los productos objeto del contrato de distribución exclusiva. Sin duda, desde esta perspectiva, las aportaciones realizadas por esta sentencia supone un buen avance en el ámbito de la litigación transfronteriza dentro de la Unión Europea, por cuanto que facilita la tutela de derechos ante una única jurisdicción con alcance universal para todo el territorio de la Unión.

Os Appri's e o novo modelo regulatório do Brasil: Novidades e desafios da cláusula de solução de controvérsias nos Acfi's

Appri's and Brazil's new regulatory model: New features and challenges of the dispute settlement clause in ACFI's

DÁVILA TERESA DE GALIZA FERNANDES LUPPI

Doutoranda

Universidad de Málaga

Universidade Federal da Paraíba, Brasil

Recibido: 15.12.2023 / Aceptado: 15.01.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8419

Resumo: O presente artigo intenciona abordar o processo de formação dos Acordos de Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos estrangeiros (APPRI's) realizando um confronto com o novo modelo de Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI) criado pelo Brasil em 2015, especialmente no que tange às peculiaridades da cláusula de solução de controvérsias. O ACFI, enquadrando-se como modelo alternativo no cenário de reformas do tradicional sistema internacional de proteção dos investimentos, priorizou os mecanismos de governança institucional para cooperação e solução de controvérsias, apostando nas instâncias de prevenção de litígios com a exclusão da arbitragem do tipo investidor-Estado. A pergunta que se faz é se referida escolha traduz avanço ou anacronismo diante do atual panorama do Direito Internacional de Investimentos.

Palavras-chaves: APPRI, ACFI, Brasil, Cláusula de solução de controvérsias, Arbitragem.

Abstract: The purpose of this article is to look at the formation process of the Agreements for the Promotion and Reciprocal Protection of Foreign Investments (APPRI's), comparing them with the new model of the Investment Cooperation and Facilitation Agreement (ACFI) created by Brazil in 2015, especially with regard to the peculiarities of the dispute settlement clause. The ACFI, as an alternative model in the scenario of reforms to the traditional international investment protection system, prioritised institutional governance mechanisms for cooperation and dispute resolution, focusing on dispute prevention bodies and excluding investor-state arbitration. The question is whether this choice represents progress or an anachronism in the current panorama of International Investment Law.

Keywords: APPRI, ACFI, Brazil, Dispute settlement clause, Arbitration.

Sumario: I. Introdução. II. Análise histórica do processo de regulamentação dos investimentos estrangeiros. 1. Investimentos estrangeiros entre o Direito Público e o Direito Privado: breves considerações. 2. Os acordos de promoção e proteção recíproca de investimentos (APPRI's). III. O Brasil no panorama do regime jurídico de proteção internacional de investimentos: a exclusão da cláusula de arbitragem investidor-Estado. IV. ACFI Brasileiro: mecanismos de governança institucional para prevenção de conflitos e mitigação de riscos. V. Conclusões.

I. Introdução

1. Em sua origem, as questões envolvendo investimentos estrangeiros remontam ao século XVIII quando foram assinados, por meio de amplos acordos bilaterais entre Estados, os primeiros Tratados de Amizade, Comércio e Navegação (*FCN – friendship, commerce and navigation treaties*)¹, os quais, apesar de não regulamentarem os investimentos estrangeiros, facilitavam o comércio e a navegação entre os Estados economicamente desenvolvidos. Referidos tratados podem ser considerados os progenitores dos Acordos de Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos (APPRI's)², também conhecidos como tratados bilaterais de investimentos (TBI's) ou, em inglês, *bilateral investment treaties (BIT's)*.

2. Os APPRI's consistem o principal instrumento de regulamentação internacional dos investimentos, tendo impulsionado o desenvolvimento do seu próprio regime jurídico desde que os primeiros acordos começaram a ser celebrados, passando a se proliferar consideravelmente a partir da década de 1990, somando hoje mais de 3.000 acordos dessa natureza, segundo dados da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento - *United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD)*³.

3. Com o principal escopo de oferecer segurança jurídica e proteção especialmente aos investimentos e investidores que ingressam no território dos países receptores ou anfitriões (geralmente países em vias de desenvolvimento), grande parte desses acordos são realizados com cláusulas específicas de proteção aos investidores de países desenvolvidos, isto é, são acordos entre países majoritariamente assimétricos, o que acentua o desequilíbrio entre direitos e obrigações de ambos.

4. Referidos acordos seguem basicamente a mesma padronização de cláusulas, as quais dispõem basicamente sobre: definição de investimento e investidor; tratamento justo e equitativo; tratamento nacional; tratamento da nação mais favorecida; expropriação e formas de compensação; transferência de fundos e a cláusula de solução de controvérsias em caso de eventual contingência ou violação das obrigações assumidas pelos Estados-partes. Esta última, sem dúvida, consiste numa das cláusulas mais sensíveis aos APPRI's, especialmente em se tratando da arbitragem investidor-Estado.

5. Isso porque se, por um lado, referida cláusula é capaz de ofertar, ao menos em tese, maior garantia sobre o cumprimento e a execução dos acordos internacionais de investimentos, por outro, se trata de uma das cláusulas que mais suscita celeumas por várias questões, a exemplo dos altos custos do procedimento arbitral, ausência de transparência e uniformidade das decisões, desconsideração do interesse público dos Estados-anfitriões de investimentos (mormente em questões envolvendo políticas públicas e ambientais), entre outras.

6. Em geral, a maioria dos APPRI's contemplam disposições sobre, pelo menos, um dos dois meios de solução de conflitos: um para disputas intergovernamentais (Estado-Estado) e outro para disputas sobre investimentos entre investidor e Estado, sendo a arbitragem de investimentos do tipo investidor-Estado o mecanismo mais difundido e utilizado nesses acordos, sobretudo após a criação do Centro Internacional para a Resolução de Diferendos relativos a Investimentos (*Internacional Centre for Settlement of Investment Dispute- ICSID*) em 1965⁴.

¹ K. L. FONSECA, *Investimentos estrangeiros: regulamentação internacional e acordos bilaterais*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 58.

² M. SORNARAJAH, *The international law on foreign investment*. 2 ed. United Kingdom: Cambridge University Press, 2004, p. 208.

³ UNCTAD. *Investment Policy Hub*. [On line] Disponível em: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>.

⁴ O Centro Internacional para a Resolução de Diferendos relativos a Investimentos – CIRDI ou *Internacional Centre for Settlement of Investment Dispute- ICSID* foi estabelecido pela *Convention on the Settlement of Investment Dispute between States and Nationals of Other States* (Convenção sobre Resolução de Conflitos relativos a Investimentos entre Estados e nacionais de outros Estados), conhecido como Convenção de Washington ou Convenção do BIRD no âmbito do Banco Mundial de 1965. Trata-se do órgão de maior atuação internacional para os casos de solução internacional de controvérsias em matéria de investimentos.

7. Ocorre que a proliferação da arbitragem de investimentos no âmbito do ICSID passou a provocar insatisfação e reações questionadoras em vários Estados, fazendo com que muitos deles buscassem meios alternativos (judiciais e/ou extrajudiciais), a fim de submeter suas controvérsias. É o que sucedeu com grande parte dos países da América Latina. No entanto, a oposição ao ICSID não supõe repulsa a adesão à arbitragem de investimentos, pois muitos continuam a admitir a arbitragem entre Estados, como é o caso brasileiro.

8. Considerado um dos países que historicamente demonstrou uma posição mais conservadora em formar parte de tratados bilaterais de investimentos, não ratificando nenhum dos 14 APPRI's assinados entre 1994 e 1999⁵, o Brasil apresentou posição divergente do movimento internacional de grande parte dos países desenvolvidos e em vias de desenvolvimento, mas não indiferente aos novos rumos da economia internacional em busca de atrair investimentos e lucros. Uma das principais motivações para isso configurou-se justamente na não adesão à cláusula de arbitragem do tipo investidor-Estado.

9. Assim sendo, na contramão da maioria dos países, em 2015, o Brasil apresentou o seu modelo de acordo, denominado de Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI), que se encontra estruturado em três eixos principais: governança institucional; mecanismos para redução de riscos e agendas temáticas para cooperação e facilitação recíproca dos investimentos⁶.

10. O ACFI brasileiro investiu como prioridade nos mecanismos de prevenção e cooperação para resolução de conflitos (Pontos Focais e Comitê Conjunto⁷), excluindo a cláusula de arbitragem investidor-Estado, todavia estabelecendo, a arbitragem intergovernamental (Estado-Estado) a ser invocada apenas quando os mecanismos preventivos não forem suficientemente eficazes para solucionar a questão.

11. No atual cenário, onde as discussões sobre reformas do tradicional sistema internacional de proteção dos investimentos são adversas e incertas, especialmente no que tange à cláusula de arbitragem investidor-Estado, o modelo brasileiro apresenta uma proposta alternativa que ainda enfrentará muitos caminhos desafiantes pela frente, visto que os poucos ACFI's em vigência ainda não suscitaram demandas a serem concretamente solucionadas.

12. Nesse contexto, o presente trabalho convida a uma reflexão, a partir de uma análise comparativa entre os APPRI's e os ACFI's, acerca das novas perspectivas para a cláusula de solução de controvérsias, evidenciando as novidades e os desafios da escolha institucional brasileira.

13. Com a finalidade de cumprir o objetivo proposto, adotar-se-á uma metodologia de investigação baseada na pesquisa de revisão bibliográfica de natureza teórica, descritiva e exploratória, fazendo uso do método dedutivo de pesquisa, uma vez que se parte da análise do tratamento jurídico dado aos APPRI's para depois adentrar aos acordos brasileiros (ACFI's) e à análise mais acurada da cláusula de solução de controvérsias.

II. Análise histórica do processo de regulamentação dos investimentos estrangeiros

1. Investimentos estrangeiros entre o Direito Público e o Direito Privado: breves considerações

14. O Direito Internacional de Investimentos trata-se de um sub-ramo do Direito Internacional de natureza jurídica híbrida ao abarcar tanto normas de Direito Público (matéria específica do Direito

⁵ Importa ressaltar que, além da não ratificação dos APPRI's, o Brasil não é um país signatário da Convenção de Washington.

⁶ BRASIL. MINISTÉRIO DE DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO. *Carta de Apresentação de Modelo Brasileiro de Acordos de Investimento*. [On line] Disponível em: <http://www.mdic.gov.br/arquivos/Apresentacao-Geral-do-ACFI-PT.pdf>.

⁷ Ambas as instâncias (Pontos Focais, também denominados de Ombudsman de Investimentos e Comitê Conjunto) são consideradas o desenho estruturante proposto para favorecer a prevenção de conflitos no modelo dos ACFI's facilitando a sua resolução.

Internacional Econômico, perceptível, principalmente, quando os investimentos ocorrem no setor de serviços públicos ou ainda quando está envolvido com a exploração de recursos naturais, por exemplo), quanto de Direito Privado (a exemplo de questões sobre responsabilidade civil das empresas transnacionais para com nacionais do Estado anfitrião ou em face de questões relativas à propriedade dos investimentos, com as decorrentes expropriações e indenizações)⁸.

15. Nesse ínterim, a temática do presente artigo guarda pertinência com os dois grandes ramos do Direito: o Direito Internacional Público e o Direito Internacional Privado.

16. A complexidade das relações oriundas dos investimentos estrangeiros é evidente, variando desde matérias como sujeitos, objeto, função, interesses e todos os desdobramentos das relações jurídicas, tornando-se impossível analisar este panorama apenas por uma única ótica ou uma única disciplina⁹.

17. Esse é o caso dos próprios acordos de investimentos estrangeiros, mas também dos tratados e acordos de cooperação ou integração econômica, dos contratos comerciais entre Estado e particular ou entre particulares, dos mecanismos institucionais de solução de controvérsias, das regras de competência etc, os quais estão tanto presentes nas disciplinas de Direito Internacional Público (tais como: Direito Econômico, Direito do Comércio Internacional), como no Direito Internacional Privado.

18. Se analisarmos as duas disciplinas, há, portanto, um ponto de convergência entre elas, ou seja, o regime de regulamentação dos investimentos. Cada uma delas se complementa e fornece respostas jurídicas tanto públicas quanto privadas a questões relacionadas aos investimentos internacionais.

19. Nesse sentido, mais plausível será dizer que a temática relativa aos investimentos estrangeiros se encontra “no meio do caminho” entre as fontes de Direito Público e as fontes de Direito Privado¹⁰, especificamente quando se produzem através de relações contratuais entre um Estado e um nacional de outro Estado.

20. Assim, a fim de abordar o objeto de estudo do presente artigo e com o propósito de obter um resultado mais completo do estudo sobre os investimentos estrangeiros são fundamentais os conceitos e aportes jurídicos de ambas as perspectivas. É como será tratado o assunto neste trabalho.

2. Os acordos de promoção e proteção recíproca de investimentos (APPRI's)

21. No período compreendido entre os séculos XIX e XX até a Primeira Guerra Mundial (1914-1918), os investimentos se concentravam na construção da infraestrutura dos países e na exploração e abastecimento de recursos naturais como matérias-primas para a promoção do desenvolvimento econômico de países industrializados¹¹.

22. A partir de então, surgem movimentos de investimentos diversificados, incluindo tanto os países industrializados que exportavam seus investimentos, como os países receptores, iniciando-se operações de investimentos a curto prazo.

⁸ R. A. VELÁZQUEZ PÉREZ, “Las inversiones extranjeras, el desarrollo sostenible y el derecho humano al agua: un conflicto no resuelto” en *Revista de Derecho, Agua y Sostenibilidad – REDAS*, Núm. 0, 2016, p. 5.

⁹ Y. DUTREY GUANTES, “El Papel del Derecho Internacional Privado en el Derecho Internacional Económico y en las Inversiones Internacionales” em B. DE LA VEGA JUSTRIBÓ (Coord.), *Arbitraje: Derecho Internacional Económico y de las Inversiones Internacionales*. Primera parte. Volumen 9. Palestra Editores: Lima-Perú, 2009, pp. 105-106.

¹⁰ D. CARREAU y P. JULLIARD, *Droit international économique*. París: Dalloz, 2003, p. 9.

¹¹ M. C. PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, *La inversión directa en el régimen de las inversiones extranjeras*. Pamplona (España): Ediciones Universidad de Navarra, S.A, 1986, p. 5.

23. Foi, todavia, no pós-Segunda Guerra Mundial (1945-1989), com o contexto geopolítico da Guerra Fria e de descolonização de países na África e na Ásia¹², que as condições dos investimentos estrangeiros ganharam força e relevância ao se expandirem significativamente, necessitando de regulamentação jurídica, o que proporcionou a formação de instrumentos e acordos internacionais tanto no cenário internacional¹³, quanto no regional, quando começaram a ser celebrados os primeiros acordos bilaterais de investimentos¹⁴.

24. Verificou-se uma expansão econômica facilitada pelo *boom* econômico pós-guerra, no que ficou conhecido como era de ouro do capitalismo. Nessa onda, pode-se dizer que o fluxo internacional de investimentos estrangeiros diretos aumentou consideravelmente como consequência, principalmente, da maior liberdade comercial estabelecida pelos Estados Unidos em face dos aliados europeus e, em segundo lugar, conforme supracitado, em razão do processo de descolonização¹⁵.

25. O processo de descolonização (essencialmente de países africanos e asiáticos), a partir da década de 1960, com a independência das antigas colônias, acabou por desembocar em reiterados conflitos de expropriação de propriedades estrangeiras, devido a práticas frequentes de apropriação das empresas estrangeiras com sede no território desses países¹⁶, o que apressou a criação de organismos internacionais para dirimir eventuais conflitos dessa natureza, a exemplo do ICSID¹⁷ criado em 1965, conforme exposto na Introdução deste trabalho.

26. Por sua vez, na década de 1970, a multiplicação de empresas transnacionais¹⁸ em diversas localidades do mundo somado ao aumento do volume das negociações e transações comerciais levantaram questões inéditas que deveriam ser enfrentadas tanto pelo Direito interno de cada país – o que envolve o âmbito do Direito Internacional Privado (com regras bem definidas sobre competência, lei aplicável, reconhecimento e execução) –, quanto pelo Direito Internacional Público (particularmente, na esfera do Direito Econômico)¹⁹, o que revelava a busca de padronização de normas para garantia específica e segurança jurídica dos investimentos estrangeiros nos países em vias de desenvolvimento.

¹² A. GARCIA; G. TORRES, “O Modelo de Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI) do Brasil e o Regime Internacional de Investimentos: os casos de Angola e Moçambique”. *Boletim de Economia e Política Internacional – BEPI*. n. 29; Jan./Abr. 202, p. 122.

¹³ É possível citar, preliminarmente, os acordos de *Bretton Woods* que instituíram em julho de 1944, ainda no período da Segunda Guerra Mundial, regras para as relações comerciais e financeiras entre os países mais industrializados do mundo; a Carta de Havana de 1948 para constituição de uma organização internacional de comércio; os Códigos da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e as Resoluções das Nações Unidas (ONU) sobre comércio e investimentos internacionais. Cfr.: B. DE FIGUEIREDO DIAS, *Investimentos estrangeiros no Brasil e o direito internacional*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 17.

¹⁴ Um dos primeiros APPRI's foi assinado entre Alemanha e Paquistão em 1959 (K.C.FONSECA, *Investimentos estrangeiros...*, *op. cit.*, p. 59). Ocorre que, em decorrência de sua derrota na Segunda Guerra Mundial, a Alemanha acabou sofrendo expropriação dos investimentos de seus nacionais e de pessoas jurídicas. Cfr.: K. G. GILABERTE, *Acordos sobre Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos. A evolução da política brasileira e perspectivas*. Ministério das Relações Exteriores- CAE. 1995, p. 9. A Suíça fez o mesmo, firmando um APPRI com as Filipinas no mesmo ano. Vários outros países europeus, como a Bélgica, a França, o Reino Unido, a Itália e a Holanda deram seguimento a essa tendência durante os anos 1960 e 1970. Os Estados Unidos iniciaram seu programa de *BITs* somente em 1981, mas desde então assinaram 47 *BITs*, além de 20 acordos de livre comércio contendo capítulos que funcionam como *BITs*, como o Capítulo 11 do Tratado de Livre Comércio da América do Norte. Cfr.: C. I. SUAREZ ANZORENA y W. K. PERRY, “The Rise of Bilateral Investment Treaties” em *House Defense Quarterly*, 2010, p. 2. Tradução livre para o português.

¹⁵ B. DE FIGUEIREDO DIAS, *Investimentos estrangeiros...*, *op. cit.*, p. 15.

¹⁶ Isso “levou os investidores internacionais a sedimentar uma imagem de tais países como de alto risco para investimento - os chamados ‘riscos não-comerciais’, expressão ainda utilizada nos acordos de proteção de investimento ora em estudo” (*Ibid.*, p. 4).

¹⁷ D. TAVELA y J. A. FONTORA COSTA, “Repúblicas bolivarianas e o ICSID: será que o inimigo não é outro?” em *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XVI, 2016, p. 191.

¹⁸ Não é tarefa simples conceituar empresas transnacionais (ETN's), pois várias são as divergências dentro e fora do âmbito jurídico. Fazendo uso de uma definição da ciência econômica, a ETN pode ser considerada como “um complexo de empresas nacionais interligadas entre si por um controle central unificado, obedecendo a uma estratégia global”. Cfr.: L. OLAVO BAPTISTA, *Empresa Transnacional e Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 17.

¹⁹ Destaque-se que, até o advento da Segunda Guerra, eram as normas de direito interno de cada país que regulamentavam, quase que exclusivamente, os investimentos estrangeiros diretos. B. DE FIGUEIREDO DIAS, *Investimentos estrangeiros...*, *op. cit.*, p. 16.

27. Certo é que o Direito Internacional de Investimentos passou a priorizar o sistema bilateral de formação de tratados ante ao sistema multilateral, uma vez que até hoje se mostram mais complexas, mas não menos relevantes, as tentativas de regulamentação eficaz por meio de sistemas de abrangência regional e multilateral.

28. Prova disso é que, na década de 1990, quando os APPRI's acabaram adquirindo alcance global, abarcando quase todos os países do mundo²⁰, no âmbito das relações multilaterais da Organização Mundial do Comércio (OMC), foram formalizados os seguintes acordos: o Acordo sobre Medidas de Investimentos Relacionadas ao Comércio (*TRIMs - Trade-Related Investment Measures*), o qual estabeleceu regras básicas sobre o tratamento dado aos investimentos estrangeiros pelos países anfitriões, instituindo como principal pilar a regra do tratamento nacional e o acesso aos mercados; o Acordo Geral sobre Comércio de Serviços (*GATS - General Agreement on Trade in Service*); bem como o Acordo sobre Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (*TRIPs – Trade-Related aspects of Intellectual Property Rights*)²¹.

29. No âmbito regional, importa destacar, a título de exemplo, o Protocolo de Colônia para a Promoção e a Proteção Recíproca dos Investimentos no MERCOSUL; o Tratado de Livre Comércio da América do Norte (*NAFTA - North American Free Trade Agreement*)²² firmado entre Estados Unidos, México e Canadá; os acordos de investimentos da União Europeia²³; o Tratado da Carta da Energia (TCE) considerado um dos maiores acordos de investimentos para a cooperação transfronteiriça no setor de energia envolvendo vários países da Europa Ocidental, da Ásia Central e o Japão assinado em dezembro de 1994²⁴.

30. A partir de então, grandes controvérsias que marcam a política de investimentos estrangeiros até os dias de hoje passaram a se revelar com maior nitidez e frequência. É o caso, por exemplo, de conciliar os interesses entre investidores e países receptores de investimentos (na maioria, países em vias de desenvolvimento), enfrentando problemáticas especialmente advindas da tentativa de conjugação entre liberdade de investir *versus* políticas públicas de proteção dos países anfitriões em questões de interesse abrangente (como direitos humanos, sociais e ambientais). “O balanceamento dos interesses dos Estados e dos investidores vai exigir um rearranjo dos direitos e obrigações nos APPIs. Os acordos tradicionais

²⁰ UNCTAD. *World Investment Report 2015: reforming international investment governance*. United Nations, 2015. (*Chapter IV*). Disponível em: <https://unctad.org/system/files/official-document/wir2015ch4_en.pdf>.

²¹ B. DE FIGUEIREDO DIAS, *Investimentos estrangeiros...op.cit.*, p. 17.

²² *Loc. cit.*

²³ Atualmente, a União Europeia negocia acordos bilaterais de investimento com diversos países: Estados Unidos, no âmbito do Acordo de Parceria Transatlântica de Comércio e Investimento (*Trans-Atlantic Free Trade Agreement*), mais conhecido como TTIP ou TAFTA; Canadá, no âmbito do Acordo Integral de Economia e Comércio - CETA (*Comprehensive Economic and Trade Agreement*) - esses dois primeiros ainda não estão em vigor – além de China; Japão; Singapura; Malásia; Vietnã; Tailândia; Índia, entre outros. EUROPEAN COMMISSION. *The EU's bilateral trade and investment agreements: where are we?* December, 2013. [On line] Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_13_915. No que tange às tratativas entre a União Europeia e o Mercosul para o estabelecimento de um acordo de livre comércio, as negociações foram retomadas em 2019, mas, de acordo com a Agência Brasil: “mesmo após 20 anos de negociação, ainda falta um longo caminho para que o acordo entre Mercosul e UE, de fato, entre em vigor. Isso porque o tratado precisa ser ratificado e internalizado por cada um dos Estados integrantes de ambos os blocos econômicos. Na prática, significa que o acordo terá que ser aprovado pelos parlamentos e governos nacionais dos 31 países envolvidos, uma tramitação que levará anos e poderá enfrentar resistências”. AGÊNCIA BRASIL. [On line] Disponível em: <https://agenciabrasil.etc.com.br/politica/noticia/2019-06/mercosul-e-ue-fecham-maior-acordo-entre-blocos-do-mundo>. Como se percebe, é certo que existem inúmeras tentativas de desenvolver e aprimorar um tipo de acordo cada vez mais amplo que possa congrega um grande número de países adeptos, trazendo maior consenso entre os interesses de investidores e dos países receptores. Todavia, essa pauta não é fácil de ser conduzida pelos interesses e agendas políticas da maioria dos países.

²⁴ O TCE tem sofrido severas críticas, pois atualmente se constata que não há evidências de que referido tratado facilite os investimentos ou reduza o custo da energia, consistindo num grande entrave à promoção de políticas públicas de combate às mudanças climáticas, ao desestimular os governos locais a cumprir os recentes acordos internacionais sobre a questão climática, a exemplo do Acordo de Paris, em razão da ameaça de perda financeira. Cfr.: Tratado da Carta de Energia. [On line] Disponível em: <https://www.plataforma-troca.org/tratado-carta-da-energia/>.

se assentam sobre a premissa de que os investidores têm sempre direito à proteção. Não lhes é exigida contrapartida. A contrapartida se daria na contribuição desses investimentos para o desenvolvimento do Estado anfitrião²⁵.

31. Nessa “guerra de interesses opostos”, os países de origem dos investimentos passaram a realizar o seu *lobby* asseverando a necessidade de celebração de acordos bilaterais de investimentos para garantir a proteção dos seus investidores diante de um possível tratamento discriminatório ou injusto por parte dos Estados anfitriões, estando mais preocupados em assegurar a ampliação de mercado para seus produtos e salvaguardar matérias-primas para sua produção.

32. Do outro lado, os países em desenvolvimento apresentaram maior receio em firmar tais tipos de acordo, uma vez que, à sombra não tão distante do que viveram no período de colonização, mantiveram ligado o alerta do perigo da subordinação política e dependência econômica, ou seja, o temor da subjugação ao controle dos países desenvolvidos, outrora colonizadores, já que certamente são os interesses das empresas que geralmente ditam as cláusulas desses acordos.

33. Assim, na medida em que os Estados receptores abrem as portas para entrada de investimentos, passam a se preocupar também com a possível perda de sua soberania política em face da implantação de empresas transnacionais, que, em sua maioria, ignoram a política interna do país receptor, colocando em prejuízo os objetivos de desenvolvimento do mesmo²⁶.

34. Todavia, num cenário de globalização, as alternativas são poucas, especialmente quando se fala em competitividade e projeção internacional. Desse modo, os países em desenvolvimento acabam vendo nesses acordos uma estratégia necessária para garantia de suas políticas econômicas, assegurando seu espaço no mercado²⁷.

35. Por sua vez, os investidores buscam a todo custo manter o seu *status* e influência, através de suas empresas, abastecendo-se frequentemente das matérias-primas obtidas a baixo custo nos países receptores. No entanto, em razão dos riscos políticos e econômicos que não estão dispostos a correr, especialmente quando investem em países com regimes políticos pouco estáveis²⁸, os investidores exercem ainda mais influência na padronização de cláusulas dos acordos com o objetivo de proteger os seus investimentos.

36. Cumpre salientar que não se entende possível dissociar os parâmetros jurídicos de tratamento dos APPRI's das políticas econômicas que norteiam a agenda interna dos Estados, uma vez que é nítida a influência de concepções ideológicas e objetivos econômicos de cada Estado-parte, que refletem a busca de segurança jurídica e maior previsibilidade econômica, tão almejadas pelos investidores.

²⁵ A. R. FREITAS DA SILVA, “Um Novo Centro de Solução de Controvérsias em Investimentos para a América do Sul: balançando interesses públicos e privados” em *Revista da AGU*. Brasília-DF, v. 15, n. 04, out./dez. 2016, pp. 103-104.

²⁶ “É certo que, muitas vezes, isso significa um jogo de conflito de interesses, no qual a soberania estatal pode resultar afetada na medida da intervenção ou influência exercida pelo investidor, especialmente comprometendo as políticas públicas do Estado receptor do investimento”. Cfr.: M. C. PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, *La inversión directa...*, *op. cit.*, p. 10. No caso do Brasil, a Constituição Brasileira de 1988 evidenciou preocupação com a dependência econômica do país, ao elencar como princípio a reger a ordem econômica a soberania nacional, contida no art. 170, I da CF/88. O termo “soberania nacional” incorpora um significado particular inerente à superação da condição de dependência das nações desenvolvidas, no sentido de realocação do Brasil no mercado global. Cfr.: A. R. FREITAS DA SILVA, “Os Investimentos Estrangeiros e o Direito ao Desenvolvimento” em *Rev. secr. Trib.* perm. revis. Año 3, Nº 5; Marzo 2015; p. 350.

²⁷ R. CARO GÁNDARA, “Inversiones extranjeras y desarrollo sostenible: Una propuesta conciliadora desde el enfoque de justicia relacional” em A. COSEDU y M. G. RIGATELLI, *Ambiente e Diritti tra Responsabilità e Partecipazione*. Atti del Convegno Castel Gandolfo. Roma: Aracne, 2017, pp. 252-255.

²⁸ Um exemplo disso seria o caso sucedido com a Líbia, onde houve a nacionalização decretada por lei da empresa *British Petroleum Company* no ano de 1971, os casos de nacionalização do cobre no Chile em 1971 e a ruptura das relações entre o Irã e os Estados Unidos.

37. Consequentemente, a regulamentação legal dos investimentos acaba por espelhar o cenário político-econômico que movimenta os interesses dos países envolvidos. Em outras palavras, o que se observa é que os aspectos jurídicos dos investimentos estrangeiros nada mais fazem que responder a uma política econômica concreta²⁹.

38. Diante desse panorama, muitas foram as exigências por parte dos países investidores no que diz respeito à adoção de medidas de proteção de seus investidores e do investimento estrangeiro no território do Estado anfitrião, com a imposição de direitos e garantias a seu favor, além da proteção diplomática e dos demais meios bi ou plurilaterais de proteção³⁰.

39. Nesse sentido, diversos organismos³¹ surgiram com funções de garantir e operacionalizar os investimentos estrangeiros e os interesses dos Estados investidores e dos Estados receptores, com regras de proteção e de tratamento que passaram a ser incorporadas pelo Direito Internacional de Investimentos.

40. A partir de então, especialmente na década de 1990, constatou-se grande proliferação dos APPRI's, com um significativo aumento da participação tanto das economias em transição³², quanto dos países em desenvolvimento com destaque para os países latino-americanos, que tradicionalmente resistiram à adesão aos mesmos, tais como Argentina, Colômbia, Bolívia, Uruguai, Paraguai, Venezuela, Peru, Equador, México, Chile e, finalmente, Brasil que, por sua vez, assinou 14 APPRI's sem haver ratificado nenhum deles.

41. No caso do Brasil, tradicionalmente, este constituiu um dos países que adotou uma posição mais “conservadora” no que tange à regulamentação internacional de investimentos, mormente ao se referir à adesão à arbitragem de investimentos do tipo investidor-Estado, o que foi, de certo modo, traduzido no cenário global como uma postura de isolamento internacional³³, mas não de indiferença aos rumos de desenvolvimento na busca por atrair investimentos e parcerias comerciais³⁴. É o que será melhor analisado na próxima seção deste artigo.

III. O Brasil no panorama do regime jurídico de proteção internacional de investimentos estrangeiros: a exclusão da cláusula de arbitragem investidor-Estado

42. A fim de compreender mais detalhadamente a experiência do Brasil em face do regime jurídico de proteção de investimentos estrangeiros, importante delimitar dois tipos de movimentos que marcaram o posicionamento brasileiro frente aos acordos de investimentos estrangeiros.

²⁹ M. C. PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, *La inversión directa...*, *op. cit.*, p. 32.

³⁰ *Ibid.*, p. 21.

³¹ Pode-se citar o Fundo Monetário Internacional (FMI), concebido no final da Segunda Guerra Mundial, com o objetivo primordial de promover a cooperação econômica internacional, reunindo as funções de garantir e operacionalizar os investimentos. Posteriormente, o surgimento da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) fundada em 1961; da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD) fundada em 1964; da Agência Multilateral de Garantia de Investimentos (MIGA), instituída em 1988 no âmbito do Banco Mundial, como um mecanismo de seguro de investimento contra riscos políticos e garantias de aumento de crédito para incentivar a confiança de investimento nos países em desenvolvimento etc.

³² O principal exemplo pode ser vislumbrado pelos países da ex-URSS, os quais foram abandonando gradativamente o sistema de economia planificada e adotando a economia de mercado. UNCTAD. *Trends in international investment agreements: an overview*. United Nations: 1999.

³³ J. MARSSOLA, *Acordos Internacionais de Investimentos no Brasil: análise do tratamento da nação mais favorecida*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 20.

³⁴ Tanto é verdade que, apesar de não ter ratificado qualquer APPRI, o país é considerado o principal receptor de investimento estrangeiro e também o maior investidor externo da América Latina A. GARCIA; G. TORRES, “O Modelo de Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI)... *op.cit.*”, p. 122.

43. O primeiro, na década de 1990, caracterizado pelas economias externas desejosas em investir no Brasil e proteger seus respectivos investidores nacionais³⁵. E o segundo movimento, mais visível em meados dos anos 2000, quando o Brasil passou a liderar sua indústria de exportação, especialmente conquistando espaço nos mercados da América do Sul e, mais recentemente, na África, preocupando-se, desta vez, em proteger seus negócios em países receptores de seu capital³⁶.

44. No que tange ao primeiro movimento, entre 1994 a 1999, período marcado por forte liberalização da economia nacional³⁷, o Brasil despontou como um dos principais países atrativos para os investidores estrangeiros, tendo assinado 14 APPRI's³⁸ e 2 protocolos sobre investimentos no âmbito do Mercosul, os quais jamais entraram em vigor³⁹, como se explicará adiante.

45. Inicialmente, a intenção brasileira era a de dar sinais positivos à comunidade internacional de sua abertura para entrada e permanência dos investimentos estrangeiros com garantia de segurança jurídica. Logo, eram os tradicionais APPRI's com cláusulas *standards* de proteção dos investimentos estrangeiros já conhecidas: quais sejam: I) definições de investidor e investimento; II) regras sobre promoção e admissão do investimento; III) *standards* de proteção do investimento; IV) regras sobre expropriação e indenização devida; V) livre transferência do capital investido; VI) mecanismos de solução de controvérsias; VII) disposições finais sobre entrada em vigor, prorrogação e denúncia do tratado.

46. Não há dúvidas quanto ao fato de que o “coração” de todo e qualquer APPRI se encontra na cláusula de solução de controvérsias, sendo a arbitragem de investimentos investidor-Estado o meio mais adotado e, por conseguinte, o mais questionável desses acordos⁴⁰, sendo esse um dos maiores entraves à adesão dos APPRI's pelo Brasil.

47. O Legislativo brasileiro, quando da apreciação dos acordos a ele submetidos, rechaçou o trâmite legal dos mesmos com a justificativa de que referidos acordos dariam maiores vantagens aos investidores estrangeiros em detrimento dos investidores nacionais, o que traria enormes prejuízos para as políticas públicas nacionais.

³⁵ Considerando o elenco dos países em vias de desenvolvimento, até o final da década de 1970, o Brasil ocupava a maior posição como país receptor de investimentos estrangeiros diretos. Na década de 1980, sua posição modificou-se em razão da crescente atratividade dos países asiáticos, bem como em decorrência da crise da dívida externa que gerou maior instabilidade macroeconômica do país (UNCTAD, 2000, p. 17). Todavia, o Brasil voltou a liderar sua posição privilegiada enquanto país receptor de investimentos a partir de meados da década de 1990, quando a economia brasileira passou a se estabilizar, o que, inclusive, propiciou o surgimento do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL). Cfr.: B. DE FIGUEIREDO DIAS, *Investimentos estrangeiros...*, *op. cit.*, p. 15.

³⁶ Esse estudo foi detalhadamente realizado por um artigo de autoria de Fábio Morosini e Ely Caetano Xavier Júnior, intitulado “Regulação do investimento estrangeiro direto no Brasil: da resistência aos tratados bilaterais de investimento à emergência de um novo modelo regulatório” publicado em 2015 na *Revista de Direito Internacional*. Os autores detalham duas ondas que marcaram a experiência brasileira no que tange aos acordos de investimentos estrangeiros. A primeira onda marcada pela resistência do governo brasileiro na ratificação dos acordos de investimentos e a segunda onda remonta à aproximação do Brasil com o Sul global e a busca por instrumentos regulatórios alternativos para regulação da matéria dos investimentos estrangeiros. Cfr.: F. MOROSINI y E. C. XAVIER JÚNIOR, “Regulação do investimento estrangeiro direto no Brasil: da resistência aos tratados bilaterais de investimento à emergência de um novo modelo regulatório” em *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 2, 2015, pp. 422-423.

³⁷ E. CAPELLA FERNANDES y J. J. FIORATI, “Os ACFIS e os BITS assinados pelo Brasil: uma análise comparada” em *Revista de Informação Legislativa*. a. 52, v. 208. Brasília, Out/dez 2015, p. 249.

³⁸ Os acordos foram assinados com os seguintes países, em ordem de data: Portugal (1994), Chile (1994), Reino Unido (1994), Suíça (1994), Dinamarca (1995), Finlândia (1995), França (1995), Alemanha (1995), Itália (1995), Coreia do Sul (1995), Venezuela (1995), Cuba (1997), Holanda (1998) e Bélgica/Luxemburgo (1999). Cfr.: J. C. DE MAGALHÃES, “Acordos bilaterais de promoção e proteção de investimentos” em *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 6, n. 20, 2009, p. 53

³⁹ Tratam-se do Protocolo de Colônia, que regulamentava os investimentos intrazona e o Protocolo de Buenos Aires sobre a Promoção e a Proteção de Investimentos provenientes de Estados não-partes do Mercosul, ambos de 1994, que nunca chegaram a entrar em vigor. Cfr.: J. A. FONTOURA COSTA, “Proteção e promoção do investimento estrangeiro no Mercosul – uma ferramenta para a implementação de um bom clima de investimentos?” em *Revista Brasileira de Política Internacional*, v. 49, n.2, 2006, pp. 60-77.

⁴⁰ A. GARCIA; G. TORRES, “O Modelo de Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI)... *op. cit.*, p. 123.

48. Assim sendo, o Congresso Brasileiro demonstrou forte resistência à possível ratificação dos 14 APPRI's assinados. Essa resistência foi reflexo de um conjunto de oposições de ordem interna e externa, destacando-se, entre elas, o choque entre a definição de algumas das cláusulas dos APPRI's com os preceitos da Constituição Federal de 1988, a exemplo da amplitude da cláusula que define investimento, desapropriação indireta e o dispositivo que trata do mecanismo de solução de controvérsias do tipo arbitragem investidor-Estado, em que o investidor poderia optar pelo foro local ou diretamente pela arbitragem internacional (geralmente realizada pelo ICSID).

49. Ao possibilitar a escolha do investidor à arbitragem internacional (investidor-Estado), no entender de renomados internacionalistas brasileiros⁴¹, o Brasil acabaria abandonando o princípio clássico do Direito Internacional de esgotamento dos recursos internos antes de recorrer à jurisdição internacional⁴², o que limitaria a capacidade do Estado brasileiro de legislar soberanamente sobre essa matéria⁴³, infringindo ainda o art. 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988, o qual preceitua que: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”⁴⁴. Logo, ao relativizar citado princípio, um Estado acaba por renunciar uma parte de sua soberania, aceitando, por sua vez, a internacionalização do regime jurídico de investimentos⁴⁵.

50. Referida cláusula evidencia o favorecimento do investidor estrangeiro em detrimento dos investidores nacionais, cuja única opção seria através das cortes locais, o que configuraria um tratamento discriminatório⁴⁶. Na prática, a escolha de um foro internacional por parte do investidor estrangeiro cria a seguinte situação: iguala diante de um tribunal arbitral um Estado soberano e uma empresa multinacional⁴⁷.

51. Nessa linha de raciocínio, convém destacar a argumentação refletida pela Consultoria da Câmara dos Deputados em desfavor do mecanismo de solução de controvérsias eleito nos APPRI's assinados pelo Brasil nos anos de 1990: “*A forma de solução de controvérsias adotada nos acordos bilaterais tem implícito o entendimento de que o foro externo pode ser mais favorável, ágil ou confiável que a jurisdição nacional. Desse modo, o objetivo dos acordos de conceder ao investimento da outra Parte um tratamento não menos favorável do que o dispensado aos investimentos de seus nacionais é paradoxal pois, sob o ponto de vista do investimento nacional, a igualdade se torna profundamente desigual: o investidor nacional não pode recorrer a um foro externo para dirimir controvérsias com o Estado brasileiro, o que deve ser considerado uma desvantagem em termos de concorrência*”⁴⁸.

52. Convém reforçar que ao longo da década de 1990, segundo dados da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento - *United Nations Conference on Trade and Development* (UNCTAD)⁴⁹, já expostos na Introdução deste artigo, houve uma proliferação do número de APPRI's, que atualmente somam mais de 3.000 (três mil). Como consequência lógica, os Estados e investidores

⁴¹ A exemplo do professor Antônio Augusto Cançado Trindade, o qual atuou inúmeras vezes como consultor jurídico do Ministério das Relações Exteriores em vários foros internacionais e o professor Celso de Albuquerque Mello.

⁴² O princípio do esgotamento dos recursos internos prescreve ter o Estado o direito de sanar um suposto ilícito, valendo-se do seu direito interno, antes que sua responsabilidade internacional seja levantada. Segundo Godinho Gilaberte, “ao deixar de aplicá-la, um Estado está renunciando a uma parcela da soberania e permitindo a internacionalização do regime jurídico dos investimentos” (K. GODINHO GILABERTE, *Acordos sobre Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos. A evolução da política brasileira e perspectivas*. Ministério das Relações Exteriores- CAE. 1995, p. 179

⁴³ A. A. CANÇADO TRINDADE, *O Esgotamento de Recursos Internos no Direito Internacional*. Brasília: UnB, 1984, p. 24.

⁴⁴ Referido posicionamento restou claramente observado no parecer emitido pela Comissão de Relações Exteriores quando da análise do APPRI assinado com a Suíça. BRASIL. Parecer da comissão de relações exteriores sobre o acordo entre o governo da República Federativa do Brasil e a Confederação Suíça sobre a promoção e a proteção recíproca de investimentos. Relator: Dep. Aroldo Cedraz. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília, v. 61, n. 224, p. 31621, 3 dez. 1996.

⁴⁵ K. GODINHO GILABERTE, *Acordos sobre Promoção...*, op. cit., p. 170.

⁴⁶ E. CAPELLA FERNANDES y J. J. FIORATI, “Os ACFIS e os BITs assinados pelo Brasil...op. cit., p. 269.

⁴⁷ D. BITHIAD DE AZEVEDO, *Os acordos para a promoção e a proteção de investimentos assinados pelo Brasil*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2001, p. 8.

⁴⁸ *Loc. cit.*

⁴⁹ UNCTAD. *World Investment Report 2020*. United Nations, 2020.

do mundo inteiro passaram a dar maior atenção às políticas de tratamento dispostas nas cláusulas desses acordos, tecendo diversas análises críticas acerca das limitações dos mesmos⁵⁰, tais como as polêmicas decisões arbitrais revelando a onerosidade de determinados processos, com decisões adjudicando indenizações milionárias a investidores estrangeiros, a falta de transparência e inconsistência dos laudos, demonstrando a parcialidade arbitral⁵¹ etc.

53. Diante do grande número de APPRI's, a execução desses acordos passou a suscitar demandas que ingressaram em tribunais arbitrais dando origem há aproximadamente 600 casos de solução de controvérsias na modalidade de arbitragem investidor-Estado (desde a sua criação). Três quartos desses casos foram contra países em desenvolvimento e economias em transição, sendo que os países da América Latina e do Caribe contam com a maior fatia (29%)⁵².

54. Apenas para se ter uma ideia, entre os anos de 2013 e 2018, houve um *boom* sem precedentes de reivindicações contra os países africanos, os quais foram levados a foros internacionais de arbitragem com base em seus APPRI's, resultando em custos altíssimos para países tradicionalmente pobres. No interregno de seis anos (entre 2013 e 2018), eles receberam, por exemplo, mais reclamações do que as recebidas nos últimos 20 anos anteriores⁵³.

55. Verifique-se, ainda, que não obstante a desaceleração econômica causada pela pandemia provocada pela Covid-19, o ICSID registrou 58 casos em 2020, sendo o maior número desde então e, dentre esses casos, nove envolvem países africanos⁵⁴, especialmente em três setores: petróleo, gás e mineração; energia elétrica e outras energias e construção, as quais respondem pela maioria das disputas (24%, 17% e 9%, respectivamente)⁵⁵.

56. Em razão especialmente da predominância do meio de resolução de conflitos arbitragem investidor-Estado, alguns países (a maioria latino-americanos) começaram a denunciar⁵⁶ os acordos de

⁵⁰ Destaca-se que no atual panorama internacional de críticas em torno da arbitragem investidor-Estado, discute-se a viabilidade de inclusão dessa cláusula no Acordo de Parceria Transatlântica de Comércio e Investimento (TTIP) e no Acordo Compreensivo Econômico e Comercial (CETA), em negociação entre EUA e União Europeia, como também Canadá e União Europeia, respectivamente. Ademais, outros Estados, como Austrália, já manifestaram seu desejo de excluir a arbitragem investidor-Estado dos seus acordos de investimento. E. CAPELLA FERNANDES, "New concerns in international investment law: balancing investor's rights and host state's interests in investment arbitration" em *Young Arbitration Review*, Lisboa, v. 17, p. 36-42, abr. 2015, p. 37.

⁵¹ BRASIL. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos. [On line] Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/diplomacia-economica-comercial-e-financeira/15554-acordo-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos>>.

⁵² BRASIL. MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO INDÚSTRIA E COMÉRCIO. Apresentação Geral do Modelo Brasileiro de Acordos de Investimentos. [On line] Disponível em: <http://www.mdic.gov.br/arquivos/Apresentacao-Geral-do-ACFI-PT.pdf>

⁵³ B. MÜLLER y C. OLIVET, *Impacts of investment arbitration against African States*. Amsterdam: TNI, 2019. (ISDS in Numbers). [On line] Disponível em: https://www.tni.org/files/publication-downloads/isds_africa_web.pdf.

⁵⁴ Os nove casos são: (1) *United Agencies Limited SA contra República Democrática Popular da Argélia*, processo ICSID nº ARB/20/1; (2) *Hope Services LLC contra República dos Camarões*, ICSID Processo nº ARB/20/2; (3) *Kansanshi Mining Plc contra República da Zâmbia*, processo ICSID nº ARB/20/17; (4) *Teyliom International e outros contra República do Benin*, processo ICSID nº ARB/20/24; (5) *Winshear Gold Corp/República Unida da Tanzânia*, processo ICSID nº ARB/20/25; (6) *Nachingwea UK Limited (Reino Unido), Ntaka Nickel Holdings Limited (Reino Unido) e Nachingwea Nickel Limited (Tanzânia) contra República Unida da Tanzânia*, Processo ICSID nº ARB/20/38; (7) *Banco Nacional do Qatar (QPSC) contra República do Sudão do Sul e Banco do Sudão do Sul*, Processo ICSID nº ARB/20/40; (8) *Eni International BV, Eni Oil Holdings BV e Nigerian Agip Exploration Limited contra República Federal da Nigéria*, processo ICSID nº ARB/20/41; e (9) *Gesenu SpA contra República Árabe do Egito*, processo ICSID nº ARB/20/45. Cfr.: T. NAUD; B. SANDERSON y M. DESPLATS. "Investment Arbitration in Africa" em *Global Arbitration Review*. Publicado em: 26.mai.2021. [On line] Disponível em: <https://globalarbitrationreview.com/review/the-middle-eastern-and-african-arbitration-review/2021/article/investment-arbitration-in-africa#footnote-004>.

⁵⁵ ICSID. *The ICSID Caseload — Statistics Issue 2021-1*. p. 7;12. [On line] Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/The%20ICSID%20Caseload%20Statistics%20%282021-1%20Edition%29%20ENG.pdf>.

⁵⁶ Três Estados da América Latina denunciaram à Convenção de Washington: a Bolívia em 2007, seguido pela República do Equador em 2009 e pela República Bolivariana da Venezuela em 2012. Cfr. E. CAPELLA FERNANDES, "O posicionamento latino-

investimentos ou a estabelecer novos marcos legais sob a égide de novos instrumentos contratuais, encontrando outros meios regulatórios para a proteção e facilitação dos investimentos estrangeiros. Outros países como África do Sul, Indonésia, Índia, Austrália, entre outros, estão atualmente, em processo de revisão de seus APPRI's⁵⁷.

57. Resistindo fortemente à tendência quase que universal, o Brasil então passou a ser conhecido como um dos únicos países do mundo a não ratificar um APPRI. Nesse contexto, passadas duas décadas desde a assinatura desses primeiros acordos não ratificados, o Brasil se projetou na elaboração de seu próprio modelo regulatório que fosse sensível às limitações constitucionais internas e que respondesse às aspirações do Brasil enquanto economia emergente.

IV. ACFI BRASILEIRO: mecanismos de governança institucional para prevenção de conflitos e mitigação de riscos

58. Especialmente em meados dos anos 2000, graças ao fortalecimento de sua economia, o Brasil passou a liderar a indústria de exportação, internacionalizando suas empresas e conquistando novos mercados, especialmente no âmbito Sul-Sul⁵⁸, o que foi determinante para a mudança de seu perfil: de Estado meramente receptor de investimentos para Estado investidor⁵⁹ (concretizando, assim a segunda fase da experiência brasileira narrada no início do tópico anterior).

59. O processo de internacionalização crescente, fez com que o Brasil passasse a merecer atenção particular do próprio Direito Internacional dos Investimentos, em razão da possibilidade de novas regulamentações e do novo tratamento jurídico oferecido aos investidores e aos investimentos estrangeiros⁶⁰.

60. Nesse movimento, a partir de 2007, o governo brasileiro inicia a esboçar e expor seu novo modelo de acordo de investimentos, demonstrando sua preocupação com as novas tendências internacionais ao elaborar cláusulas que contemplassem os interesses das partes envolvidas no acordo com maior equilíbrio: alinhando suas necessidades com as demandas do setor privado, dos investidores e com a estratégia de desenvolvimento dos países de acolhimento do investimento⁶¹.

61. Em 2015, os primeiros Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI's), como foram denominados, começaram a ser assinados essencialmente com países africanos e latino-americanos, além do Protocolo de Cooperação e Facilitação de Investimentos no âmbito do Mercosul - (PCFI), baseado no ACFI em 07/04/2017⁶², conforme se verifica esquematicamente no quadro abaixo⁶³:

-americano frente ao CISDI: análise das denúncias da Convenção de Washington promovidas pela Bolívia, Equador e Venezuela" em *Direito internacional [Recurso eletrônico on-line]* organização CONPEDI/UNINOVE. Florianópolis: FUNJAB, 2013.

⁵⁷ BRASIL. MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO INDÚSTRIA E COMÉRCIO. Apresentação Geral do Modelo Brasileiro de Acordos de Investimentos, *op. cit.*

⁵⁸ Muitos esforços foram investidos no sentido de intensificar as relações externas com o Mercosul e outros países sul-americanos e depois se tornaram uma política mais ampla em relação ao Sul global: América Latina, África e Ásia. F. MOROSINI y M. RATTON, "The Brazilian Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments (ACFI): a new formula for international investment agreements?" em *Investment Treaty News*, Issue 3. Volume 6. August 2015, p. 3.

⁵⁹ Entre 2007 e 2017, o volume de capitais brasileiros no exterior percebeu aumento de 153%, com destaque para os investimentos diretos no exterior, que saltaram de US\$ 142 bilhões para US\$ 387 bilhões. Dados obtidos a partir do Banco Central do Brasil. [On line] Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/>.

⁶⁰ V. D. ROCHA GABRIEL y J. A. FONTOURA COSTA, "O Brasil e a proteção jurídica dos investimentos estrangeiros: da negociação de novos acordos à reflexão sobre o seu cumprimento a partir da arbitragem de investimentos" em *Contexto. Revista de Derecho y Economía*, n.º 46, diciembre 2016, p. 63.

⁶¹ BRASIL. CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. *O modelo brasileiro de acordos de cooperação e facilitação de investimentos*. Brasília: CNI, 2020, p. 12.

⁶² BRASIL. SISTEMA DE COMÉRCIO EXTERIOR – SISCOMEX. [On line] Disponível em: <https://www.gov.br/siscomex/pt-br/acordos-comerciais/acfi>.

⁶³ O conteúdo integral dos textos dos acordos de cooperação e facilitação de investimentos assinados pelo Brasil está

Quadro 1. ACFI's do Brasil.

País	Data de celebração	Vigência
Moçambique	30/03/2015	Em ratificação da outra parte
Angola	01/04/2015	2017
México	26/05/2015	2018
Malauí	25/06/2015	Em ratificação da outra parte
Colômbia	09/10/2015	Em ratificação da outra parte
Peru ¹	29/04/2016	Em ratificação da outra parte
Protocolo de Cooperação e Facilitação de Investimentos – Mercosul	07/04/2017	2019
Etiópia	11/04/2018	Tramitação Congresso Nacional
Suriname	02/05/2018	Tramitação Congresso Nacional
Chile ²	21/11/2018	Tramitação MRE
Guiana Francesa	13/12/2018	Tramitação Congresso Nacional
Emirados Árabes Unidos	15/03/2019	2023
Marrocos	13/06/2019	Tramitação Congresso Nacional
Equador	25/09/2019	Tramitação MRE
Índia	25/01/2020	Tramitação Ministérios/Casa Civil
São Tomé e Príncipe	27/08/2023	Tramitação MRE

Elaboração da autora

Fonte: BRASIL. CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. O modelo brasileiro de acordos de cooperação e facilitação de investimentos. Brasília: CNI, 2020, p. 12. [On line] Disponível em: file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Downloads/id_236339_o_modelo_brasileiro_de_acordos_web%20(3).pdf.

62. Como se verifica, ao total, são 15 acordos firmados sob o novo modelo regulatório e o Protocolo de Cooperação e Facilitação de Investimentos no âmbito do Mercosul, todavia, apenas 3 se encontram em vigência (Angola, México e Emirados Árabes). A maioria aguarda o processo de internalização para sua entrada em vigor.

63. O modelo de acordo brasileiro está concentrado na ideia de cooperação e facilitação de investimentos, a qual permeia toda a estrutura dos ACFI's, buscando compatibilizar as necessidades dos investidores com o desenvolvimento de uma dinâmica agenda cooperativa de longo prazo⁶⁴.

64. Desse modo, são três os pilares principais de sua sustentação: a) cooperação e facilitação de investimentos; b) governança institucional por órgãos permanentes e c) mitigação de riscos, prevenção e solução de controvérsias. Nesse momento, interessa aprofundar o último pilar.

65. Como outrora dito, o modelo ACFI afastou um dos dispositivos mais controversos dos APPRI's, os quais foram uma das motivações principais que conduziram a não ratificação desses acordos por parte do Brasil, qual seja, o mecanismo de solução de conflitos do tipo investidor-Estado, deixando à escolha do investidor entre instaurar um procedimento arbitral ou recorrer às cortes locais⁶⁵, isso após frustradas as tentativas de conciliação e mediação da controvérsia apresentada.

disponível no site do Ministério das Relações Exteriores. [On line] Disponível em: <https://concordia.itamaraty.gov.br/pesquisa?TipoAcordo=BL%2CTL%2CML&TituloAcordo=acordo%20de%20coopera%C3%A7%C3%A3o%20e%20facilita%C3%A7%C3%A3o%20de%20investimentos&page=1&tipoPesquisa=1>.

⁶⁴ N. M. PERRONE y G. R. CERQUEIRA CÉSAR, "Tratados de Investimentos Brasileiros: um novo modelo de tratados de investimentos?" en *Revista Brasileira de Comércio Exterior*: FUNCEX: Fundação Centro de Estudos do Comércio Exterior. n. 128. Ano XXX. jul/ago/set. 2016, p. 39.

⁶⁵ BRASIL. MINISTÉRIO DE DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO. Carta de Apresentação de Modelo Brasileiro de Acordos de Investimento... *op. cit.*

66. Assim, diferentemente dos convencionais APPRI's, os ACFI's excluíram a cláusula de estipulação de arbitragem investidor-Estado – mantendo, todavia, a modalidade arbitragem Estado-Estado⁶⁶ –, apostando num modelo voltado à prevenção de conflitos, atribuído aos Pontos Focais Nacionais e ao Comitê Conjunto.

67. Desse modo, os ACFI's inovaram ao estabelecer uma governança institucional para gerir o acordo, quais sejam, o *Ombudsman* de Investimentos⁶⁷ também denominados de “Pontos Focais” e um *Comitê Conjunto intergovernamental*. Essas instâncias são consideradas o núcleo institucional de governança do ACFI, contribuindo “*para a concretização dos compromissos firmados e para o fortalecimento do diálogo entre as partes em matéria de investimentos*”⁶⁸.

68. Referida estrutura se insere de maneira inédita nos acordos de investimento, sendo uma via que já vem sendo utilizada por outros Estados como Coreia do Sul, Cazaquistão, Quirguistão, Peru, Colômbia, África do Sul e Ucrânia, contribuindo, em muito, para converter a litigiosidade (característica do meio judicial e arbitral) em consensualidade na solução de conflitos advindos dos acordos de investimentos⁶⁹.

69. Os *Ombudsmen* funcionam como órgãos governamentais que deverão se fazer presente em cada Estado-parte do acordo⁷⁰ para atuar no dia-a-dia do investidor, como intermediário entre ele e o governo do Estado anfitrião, tendo como “função principal dar apoio governamental aos investimentos da outra Parte realizados em seu País”⁷¹.

70. Entre outras atribuições, caberá aos Pontos Focais: “*interagir com as autoridades governamentais pertinentes para avaliar e recomendar, quando adequado, as sugestões ou reclamações recebidas pelo Governo e investidores da outra Parte, informando ao Governo, ou investidor interessado, acerca dos compromissos derivados de tais sugestões ou reclamações; prevenir disputas e facilitar a sua resolução em coordenação com as autoridades governamentais e em colaboração com entidades privadas pertinentes; prestar informações tempestivas e úteis às Partes sobre questões normativas relacionadas a investimentos em geral ou a projetos específicos*”⁷².

⁶⁶ “Evidenciou-se, com a assinatura do Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos, a manutenção da posição brasileira de resistência à arbitragem de investimentos entre investidor estrangeiro e Estado hospedeiro. Desse modo, na persistência de uma controvérsia, admite-se, apenas, a arbitragem entre Estados, cuja definição e implementação depende da atuação do comitê conjunto”. Cfr.: F. MOROSINI Y E. C. XAVIER JÚNIOR, “Regulação do investimento estrangeiro direto no Brasil... *op. cit.*”, p. 440. No entanto, importante ressaltar que, embora a arbitragem entre Estados esteja presente nos ACFI's, ela não será o principal mecanismo para a solução de disputas, que se focaliza na prevenção de disputas e mitigação de riscos.

⁶⁷ O *Ombudsman* de Investimentos foi criado a partir da inspiração do *Office of the Foreign Investment Ombudsman* (OFIO), que opera no âmbito da *Korea Trade-Investment Promotion Agency* (KOTRA) na Coreia do Sul, tendo sua primeira experiência bem-sucedida no setor de investimentos da Coreia do Sul, no ano de 1998, quando foi implantado para atrair investimentos estrangeiros, captando benefícios, oferecendo assistência aos investidores e, principalmente, servindo como meio preventivo de solução de conflitos. Na fase de elaboração da governança institucional dos ACFI's, as autoridades brasileiras visitaram oficialmente o escritório da KOTRA, a fim de compreender a estrutura do *Ombudsman* de Investimentos, por ter recebido o reconhecimento enquanto iniciativa exitosa por diversas instituições internacionais relevantes, a exemplo da UNCTAD e da OCDE. Cfr.: J. A. FONTOURA COSTA Y V. D. ROCHA GABRIEL, “A proteção dos investidores nos Acordos de Cooperação e Favorecimento de Investimentos: perspectivas e limites” em *Revista de Arbitragem e Mediação*. Vol. 49. Jun. 2016.

⁶⁸ BRASIL. MINISTÉRIO DE DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO. Carta de Apresentação de Modelo Brasileiro de Acordos de Investimento... *op. cit.*

⁶⁹ F. PASCUAL-VIVES, “¿Hay alternativas al arbitraje de inversión?: redefiniendo la solución de las controversias relativas a inversiones extranjeras” em K. FACH GOMEZ (Ed). *La Política de la Unión Europea en materia de Derecho de las Inversiones Internacionales*. Barcelona: Bosch, 2017, p. 185.

⁷⁰ Ressalte-se que o *Ombudsman* de Investimentos Diretos no Brasil integra a Secretaria-Executiva da Câmara de Comércio Exterior – Camex, tendo sua competência definida no art. 4º do Decreto nº 8.863, de 28 de setembro de 2016, alterada pelo Decreto nº 9.770 de 22 de abril de 2019.

⁷¹ Art. 5º do ACFI Brasil-Angola.

⁷² Art. 15, ACFI Brasil-México.

71. O Comitê Conjunto, por sua vez, é composto por representantes governamentais de ambos os Estados-partes, possuindo entre suas responsabilidades: administrar o acordo em geral, podendo monitorar a implementação e execução dos mesmos; interpretar as disposições do acordo com efeito geral e vinculante para as partes e para os órgãos de solução de controvérsias reconhecidos no acordo; avaliar inicialmente a controvérsia, realizando possíveis consultas e negociações entre as partes; resolver questões e controvérsias relativas a investimentos de investidores de uma das partes de maneira amigável⁷³, entre outras.

72. A atuação do Comitê Conjunto, em geral, tem início quando já existe uma controvérsia instalada entre investidor e Estado. Todavia, mesmo que sua atuação não seja de todo “preventiva”, tem o potencial de facilitar uma conciliação, já que “*uma decisão do Comitê pressupõe a aquiescência de ambos os Estados envolvidos - o Estado anfitrião e o Estado de nacionalidade do investidor. Pode não prevenir uma controvérsia, mas previne uma arbitragem entre Estados*”⁷⁴.

73. Os *Ombudsmen* deverão atuar de maneira coordenada com o Comitê Conjunto, promovendo o intercâmbio regular de informações, favorecendo a prevenção e facilitando a sua resolução, servindo como uma primeira instância de atuação na resolução de eventuais controvérsias, baseando seus esforços em consultas, negociações e mediação, no sentido de desestimular o uso das vias arbitrais.

74. Consta-se, a partir das funções apresentadas pelos órgãos institucionais dos ACFI's que existe um alinhamento em favor das recomendações da UNTCAD, a qual afirma que “*mecanismos de prevenção economizam tempo e dinheiro, além de promoverem uma solução negocial que evite a escalada de disputa e preserva uma relação amistosa entre as Partes*”⁷⁵.

75. Na prática e em linhas gerais, o procedimento de prevenção de controvérsias descrito nos ACFI's funciona da seguinte forma: havendo uma questão específica de interesse de um investidor estrangeiro, este deverá apresentá-la diretamente ao Ponto Focal do Estado anfitrião, a fim de buscarem juntos uma solução negociada amigavelmente. Em não logrando êxito nesta primeira negociação, o ACFI prevê uma segunda etapa, a qual permite a apresentação da questão ao Comitê Conjunto, por intermédio, exclusivamente, do governo de seu Estado de origem. O Comitê Conjunto, por sua vez, terá o prazo de até sessenta dias prorrogáveis por igual período para avaliar as informações pertinentes do caso apresentado e submeter um relatório, o qual deverá incluir a posição das partes a respeito da medida⁷⁶. Importa destacar que sempre que se fizer possível, os representantes do investidor e das entidades não-governamentais poderão participar da consulta bilateral e do procedimento de diálogo⁷⁷.

76. No entanto, embora se perceba a intenção da proposta dos acordos brasileiros em resolver amigavelmente as controvérsias oriundas de seus próprios investimentos, efetivamente observando o cenário internacional em muitos desses conflitos, dificilmente os Estados estão dispostos ou mesmo culturalmente preparados para chegarem a uma solução negociada amigável⁷⁸.

77. Por essa razão, tal proposta, em grande parte das situações, pode se revelar insuficiente, pois em não solucionado o caso, a única hipótese que resta para o investidor será aquela de solicitar a intervenção de seu Estado de origem, o que, por conseguinte, acaba por trazer à baila as desvantagens da proteção diplomática.

⁷³ Art. 18, ACFI Brasil-Ecuador.

⁷⁴ A. R. FREITAS DA SILVA, “A evolução da solução de controvérsias nos ACFIs” em *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 16, n. 2, 2019, p. 9.

⁷⁵ UNTCAD. *Reform of investor-state dispute settlement: in search of a roadmap*. IIA Issues, June 2013, Note nº 2, p.5.

⁷⁶ Art. 18, ACFI Brasil-México.

⁷⁷ Art. 18 (3, c) ACFI Brasil-México.

⁷⁸ E. CAPELLA FERNANDES y J. J. FIORATI, “Os ACFIS e os BITs assinados pelo Brasil... *op. cit.*, p. 270.

78. A arbitragem Estado-Estado (intergovernamental), faz referência ao instituto da *proteção diplomática*, quando o Estado de origem do investimento irá exercer a função de zelar pelos interesses do seu nacional investidor em face do Estado anfitrião, assumindo a reclamação do seu nacional, a qual se torna uma reclamação do próprio Estado, cabendo a ele a palavra final sobre o acordo e os valores devidos nas indenizações o que, pode ser considerada uma desvantagem por constituir um ato discricionário do Estado⁷⁹. Isso porque no momento em que o Estado decide proteger o investidor/investimento de seu nacional no exterior, no exercício da proteção diplomática, a disputa passa a ser assumida pelo próprio Estado.

79. Por outro lado, caso o Estado de origem do investidor resolva não exercer a proteção diplomática, não haverá outro recurso disponível para o mesmo a não ser recorrer ao Poder Judiciário do Estado anfitrião (alternativa que no universo dos investimentos estrangeiros não se apresenta como a melhor opção pelas inúmeras limitações existentes)⁸⁰.

80. Importa destacar, ademais, que o objetivo da arbitragem entre Estados descrito nos ACFI's é "*colocar a medida em conformidade*": "*O objetivo da arbitragem é determinar a conformidade com este Acordo de medida alegada por uma Parte como desconforme com este Acordo*"⁸¹, ou seja, suprimir a medida considerada incompatível com as disposições do acordo. Esse objetivo se repete em todos os ACFI's e teve como inspiração o Acordo Constitutivo da Organização Mundial de Comércio (OMC)⁸².

81. Já no caso de uma decisão que estabeleça uma compensação pelos prejuízos sofridos por uma das partes⁸³, esta exigirá o consentimento adicional dos Estados⁸⁴. "*Eventual conversão de uma decisão de 'colocar a medida em conformidade' em compensação por danos parece exorbitar a competência arbitral, salvo se autorizado pelas Partes*"⁸⁵.

82. Do ponto de vista da soberania estatal, diversas são as críticas que pairam a respeito da inclusão da cláusula de solução de controvérsias Estado-Estado, porquanto referida cláusula pode acabar levando à arbitragem questões políticas internas, como também poderá, inclusive, criar jurisdição para revisar as políticas dos Estados que firmam os acordos⁸⁶, o que torna suscetível a soberania estatal na realização de políticas públicas de seu interesse.

83. Conforme é possível observar, a proteção diplomática, sendo usada de acordo com o interesse do Estado, consiste num instrumento muito mais político que jurídico, por tal razão, a arbitragem investidor-Estado, de certa forma, veio a substituir, na maioria dos casos, as controvérsias entre Estados de origem e investidor, o que pode explicar a pouquíssima utilização do mecanismo de arbitragem entre Estados atualmente⁸⁷.

84. Daí a pergunta: a escolha do Brasil em excluir a arbitragem investidor-Estado de seus acordos constitui avanço ou anacronismo diante do atual panorama do Direito Internacional de Investimentos?

⁷⁹ *Ibid.*, p. 267.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 273.

⁸¹ Art. 25 (2), ACFI Brasil-Ecuador.

⁸² Art. 19 (1) do Anexo II do ACORDO CONSTITUTIVO DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE COMÉRCIO, Marraquexe, Marrocos, 15 abr. 1994.

⁸³ "(...) As Partes, no entanto, podem acordar que os árbitros considerem a existência de danos causados pela medida questionada e estabeleçam no laudo uma compensação por tais danos. Se o laudo arbitral estabelecer uma compensação monetária, a Parte que receber essa compensação deve transferi-la para os titulares dos direitos sobre o investimento em questão, após dedução dos custos do litígio, em conformidade os procedimentos internos de cada Parte". Atr. 19 (2), ACFI Brasil-México.

⁸⁴ Art. 19(2) do ACFI Brasil-México, art. 23 (14) do ACFI Brasil-Colômbia, art. 25 (13) do ACFI Brasil-Suriname e art. 24 (11) do ACFI Brasil-Etiópia.

⁸⁵ A. R. FREITAS DA SILVA, "A evolução da solução de controvérsias nos ACFIs"... *op. cit.*, p. 11.

⁸⁶ M. SORNARAJAH *The internacional law...*, *op. cit.*, p. 256.

⁸⁷ K.C.FONSECA, *Investimentos estrangeiros...*, *op. cit.*, p. 128.

85. Se por um lado o ACFI apresenta-se como uma estrutura inovadora pondo ênfase na cooperação e prevenção de controvérsias, configurando-se como uma alternativa aos tradicionais APPRI's; por outro lado, demonstra ser uma estrutura rígida em face da forte resistência à arbitragem investidor-Estado, que no atual cenário brasileiro configura-se, no mínimo, incongruente. Isso porque estando o Brasil numa posição atraente para investidores estrangeiros⁸⁸, explorar opções que permitam o acesso direto desses investidores ao procedimento arbitral não parece ser uma decisão “insana”.

86. Muito pelo contrário, as reformas do sistema arbitral de investimentos exigem uma mudança de paradigma que convergem para assimilar a prevenção e conciliação como tentativa de negociação prévia antes de dar início ao processo arbitral. Nesse sentido, a experiência brasileira poderá servir de parâmetro para promover uma governança institucional em prol da prevenção de conflitos e mitigação de risco.

87. No entanto, o Brasil precisa vencer as suas resistências e temor de assumir uma arbitragem do tipo investidor-Estado, afinal, em muitos casos, não é possível chegar a uma solução negociada amigavelmente pelas próprias matizes e variantes do conflito, o que revela a insuficiência do modelo regulatório brasileiro nesse aspecto.

V. Conclusões

88. Num cenário em que se discutem reformas à cláusula de arbitragem investidor-Estado, o novo modelo regulatório brasileiro representa uma proposta alternativa, em razão de diversos dispositivos que não são facilmente encontrados nos APPRI's tradicionais, entre eles se encontram: a prevalência dos mecanismos de prevenção de conflitos e mitigação de riscos com a institucionalização de instâncias como o Ponto Focal e o Comitê Conjunto; a previsão de troca de informações entre as partes; o incentivo ao envolvimento do setor privado; cláusulas relativas à responsabilidade social corporativa (contribuindo ao desenvolvimento sustentável do Estado receptor e da comunidade local, por meio da adoção de práticas socialmente responsáveis); o desenvolvimento de agendas estratégicas com a inclusão de temas de interesse dos investidores a fim de promover o fomento e a facilitação dos investimentos bilaterais.

89. Todas essas inovações consistiram numa tentativa incipiente de atenuar uma parte dos problemas tradicionalmente existentes nos clássicos acordos bilaterais de investimentos, visando diminuir alguns riscos, minimizar os desequilíbrios entre os interesses dos investidores em proteger seus investimentos e os interesses dos países hospedeiros em promover desenvolvimento socioeconômico, bem como atenuar típicas cláusulas “abusivas” dos APPRI's que colocam em vantagem os investidores estrangeiros em detrimento dos nacionais.

90. Importante destacar também que, desde a sua elaboração, os ACFI's buscaram levar em consideração as peculiaridades típicas de um país em vias de desenvolvimento, providenciando um regime jurídico caracterizado, principalmente, pelo diálogo e pela cooperação entre as partes, além da busca de solução amigável de conflitos, motivo pelo qual o ACFI foi visto por muitos como um “modelo light” de acordo ou, para outros críticos, como uma estrutura de acordo “sem dentes”.

91. Por tudo o que fora exposto, não há de se negar que o modelo ACFI representa um avanço em matéria de investimentos estrangeiros, revelando um importante passo em prol da mudança na tríplice relação entre Estado-investidor, investidores e Estado-anfitrião. Contudo, o atual cenário brasileiro de reaproximação a países desenvolvidos que utilizam a arbitragem investidor-Estado, demonstra que

⁸⁸ Estando entre os dez maiores receptores de capital, tendo recebido no ano de 2018 US\$ 60 bilhões em investimentos externos, e em 2019, US\$ 72 bilhões, o Brasil é considerado um dos principais destinos de investimentos estrangeiros no mundo. UNCTAD. *World Investment Report 2020*, p. 12.

o ACFI poderia ir além de seu desenho institucional (extremamente centralizado no Estado) proporcionando maior segurança jurídica para os investimentos ao conceder direito de ação diretamente ao investidor (seja para um julgamento por um órgão internacional seja para um processo arbitral).⁸⁹

92. Certo é que a definição e a escolha dos mecanismos de solução de controvérsias nos acordos de investimentos passaram a determinar a adesão, a oposição ou mesmo a exclusão de países em determinados acordos. Em razão disso, as reformas ao sistema arbitral são muito bem-vindas. O Brasil, por exemplo, vem acompanhando as discussões do Grupo de Trabalho III da Comissão das Nações Unidas sobre Direito Comercial Internacional – UNCITRAL – sobre as reformas no mecanismo de arbitragem investidor-Estado e, dentre as propostas apresentadas, encontra-se a concepção de um tribunal internacional de investimentos.

93. É possível citar ainda outras propostas alternativas ao sistema ICSID que já são uma realidade ou estão em trâmite⁹⁰, como a proposta feita pela Comissão Europeia no final do ano de 2016 para a criação de uma Corte de Arbitragem Permanente (MIC – *Multilateral Investment Court*) nos acordos TTIP (*Transatlantic Trade and Investment Partnership* - Acordo de Parceria Transatlântica de Comércio e Investimento entre Estados Unidos e União Europeia) e CETA (*Comprehensive Economic and Trade Agreement* - Acordo Integral de Economia e Comércio entre a União Europeia e o Canadá)⁹¹.

94. Reconhecendo que o Brasil protagonizou um novo modelo regulatório de acordo, contribuindo para dar novos itinerários ao regime jurídico internacional de investimentos, a partir da cooperação e prevenção de conflitos, em um futuro não tão distante, quando seus acordos estiverem em plena execução (visto que a maioria deles ainda não entrou em vigor), poderá repensar seu desenho institucional, somando a solução de controvérsias diretamente entre investidor-Estado em novos parâmetros de atuação a partir das reformas ao sistema arbitral.

⁸⁹ A. R. FREITAS DA SILVA, “A evolução da solução de controvérsias nos ACFIs”... *op. cit.* p. 13.

⁹⁰ Apresentando objeções ao ICSID, o Conselho dos Chefes de Estado e de Governo da União de Nações Sul-Americanas (UNASUL) determinou no ano de 2010 a criação de um grupo de trabalho para elaborar o Acordo Constitutivo do Centro de Solução de Controvérsias em Matéria de Investimentos da UNASUL (Centro ou Tribunal da UNASUL). Cfr.: Declaración del Consejo de Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno de La Unión de Naciones Suramericanas de 26 de noviembre de 2010. Importa destacar que as negociações para a criação desse Centro ainda são muito incipientes, porquanto a UNASUL, após um longo período de estagnação e saída de países-membros em função de divergências políticas, tem retomado paulatinamente suas alianças. O Brasil, por exemplo, recentemente assinou o Decreto nº 11.475 colocando o país de volta ao grupo. Cfr.: BRASIL. Decreto nº 11.475, de 6 de abril de 2023. Promulga o Tratado Constitutivo da União de Nações Sul-Americanas, firmado pela República Federativa do Brasil, em Brasília, em 23 de maio de 2008.

⁹¹ F. PASCUAL-VIVES, “¿Hay alternativas al arbitraje de inversión... *op. cit.*, pp. 175-200.

Cyberspace and women's human rights in the international legal order: Transnational risks and gender-based violence

El ciberespacio y los derechos humanos de las mujeres en el ordenamiento jurídico internacional: Riesgos transnacionales y violencia de género

DOROTHY ESTRADA TANCK

*Professor of Public International Law and International Relations
University of Murcia**

Recibido:28.12.2023 / Aceptado:22.01.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8420

Resumen: Cyberspace has exacerbated certain transnational risks, such as cyber-discrimination, harassment, and aggression, particularly affecting women and girls on the basis of gender. Gender-based violence as a form of gender discrimination, including in its new forms, harms women and girls disproportionately, especially in their rights to equality, freedom from violence and freedom of expression. This article explores the contributions offered by different sources of law, in particular international human rights law, to address these gender-based risks and to prevent, eradicate and redress discrimination and gendered cyber-violations. It also analyses the opportunities that both the technological advancement concerning cyberspace, and the normative and interpretative standards developed to this effect, present for the construction of gender equality for women and girls worldwide.

Palabras clave: cyberspace, gender-based violence, human rights of women and girls, cyber-violations, gender equality.

Abstract: El ciberespacio ha exacerbado ciertos riesgos transnacionales, como la ciber-discriminación, el acoso y la agresión, que afectan particularmente a mujeres y niñas por razón de género. La violencia de género como forma de discriminación de género, incluyendo en sus nuevas formas, daña de manera desproporcionada a mujeres y niñas, especialmente en sus derechos a la igualdad, a vivir sin violencia y a la libertad de expresión. Este artículo explora las aportaciones que ofrecen las distintas fuentes del derecho, en particular el derecho internacional de los derechos humanos, para hacer frente a estos riesgos de género y para prevenir, erradicar y reparar la discriminación y las ciber-violaciones de género. Asimismo, analiza las oportunidades que tanto el avance tecnológico relativo al ciberespacio, como las normas y estándares interpretativos desarrollados al efecto, presentan para la construcción de la igualdad de género para las mujeres y las niñas a nivel mundial.

Keywords: ciberespacio, violencia de género, derechos humanos de mujeres y niñas, ciber-violaciones, igualdad de género.

* This article is based on the research carried out under the project 'La búsqueda de una regulación internacional para las actividades cibernéticas, ¿una ineludible necesidad? (CYBINREG)', led by Prof. María José Cervell Hortal (Principal Investigator 1, Faculty of Law of University of Murcia), and Prof. Jorge Piernas López (Principal Investigator 2, Faculty of Law of University of Murcia). The project is funded by the Spanish Ministry of Science and Innovation within the framework of the State Programs for the generation of knowledge and scientific and technological strengthening of the R+D+i system oriented to the challenges of society (Call 2020), Ref. PID 2020 112577 RB-I00.

Summary: I. Introduction. II. Gender equality and international legal standards relevant to cyberspace. 1. The concept of 'gender' and gender equality as a human right. 2. Gender-based discrimination and legal responses. III. Gender cyberviolence and cyberviolations: transnational risks and new forms of gender discrimination. IV. Challenges for women's and girls' freedom of expression in cyberspace. V. New openings for women and girls in cyberspace? Some proposals with a gender perspective. VI. Final reflections.

I. Introduction

1. While gender-based discrimination and violence, including in cyberspace, does not only impact women and girls, but comprises broader dimensions,¹ this article focuses on women and girls as victims on the understanding that violence against women is inflicted (by men) on the basis of gender, and gender-based violence affects women disproportionately.² As such, it explores the relevant normative standards, in particular of international human rights law, to address the transnational risks of discrimination and violence affecting women and girls particularly heightened by the development of cyberspace.

2. Globally, an estimated 736 million women -around one in three- have experienced physical or sexual violence by an intimate partner, or sexual violence perpetrated by a non-partner (30 per cent of women aged 15 and over). This data does not include sexual harassment, for example, that which occurs in the world of work, and some national studies show that the proportion may be as high as 70 per cent of women.³ This phenomenon is experienced similarly in a number of regional contexts.⁴ Gender-based violence around the world was exacerbated by the COVID-19 pandemic and the measures taken to address it, for example, home confinement where domestic tension and violence increased, and the resulting economic crisis which increases women's vulnerability to various forms of exploitation and violence.⁵

3. Women, in general, suffer more frequently from cyber-violence based on their sex or gender, in particular sexual forms of cyber-violence. Women are systematically targeted online by violent right-wing extremist and terrorist groups seeking to spread hatred against them. Girls and young women are particularly affected by cyber-violence. In the EU context, for example, in 2020, it was estimated that 1 in 2 young women experienced gender-based cyber-violence.⁶ Different forms of risk, discrimination

¹ It can also affect men and boys, gender-diverse and non-binary people. See generally, e.g., THE GENDER TRUST, "Gender Concepts around the World", available at: <http://www.gendertrust.org.uk/gender-concepts-around-the-world/>; COUNCIL OF EUROPE, "What is gender-based violence?", available at <https://www.coe.int/en/web/gender-matters/what-is-gender-based-violence>; and Office of the Prosecutor of the International Criminal Court, "Policy on the Crime of Gender-based Persecution", ICC, 2022.

² COUNCIL OF EUROPE, "What is gender-based violence?", *op. cit.*

³ UN WOMEN, "Facts and figures: Ending violence against women", Figures 2021, available at <https://www.unwomen.org/es/what-we-do/ending-violence-against-women/facts-and-figures>. See also International Labour Organisation Convention 190 on violence and harassment in the world of work, which specifically addresses gender-based violence and harassment in labour relations, and which entered into force for Spain on 25 May 2023.

⁴ See, e.g., COUNCIL OF EUROPE, "What is gender-based violence?" *op. cit.*; and at the EU level, prevalence and incidence data in the Preamble of the proposal prepared by EUROPEAN COMMISSION, "Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on combating violence against women and domestic violence", COM(2022) 105 final, Strasbourg, 8 March 2022; at the Americas level, INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, "Annual Report 2022. Report of the Office of the Special Rapporteur for Freedom of Expression", OEA/Ser.L/V/II. Doc. 50. rev.1., 6 March 2023; and at the African level, AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES' RIGHTS, "Statement by the Special Rapporteur on the Rights of Women in Africa on the Occasion of the 'International Day for the Elimination of Violence Against Women'", 25 November 2022, available at <https://achpr.au.int/en/news/press-releases/2022-11-25/statement-special-rapporteur-rights-women-africa-elimination>, with special emphasis on gender-based cyber-violence in the African region.

⁵ EUROPEAN INSTITUTE FOR GENDER EQUALITY (EIGE), "Cyber-violence against women and girls", EIGE, 2017; UNITED NATIONS WORKING GROUP ON DISCRIMINATION AGAINST WOMEN AND GIRLS (WGDAGW), "Gender inequalities in poverty: feminist and human rights-based approaches", Report to the UN Human Rights Council, A/HRC/53/39, 2023, para. 10.

⁶ EUROPEAN PARLIAMENTARY RESEARCH SERVICE (EPRS), "Combating gender-based violence: Cyberviolence, European added value assessment, 2021; and EIGE, "Cyber-violence against women and girls", *op. cit.* See also PLATFORM OF INDEPENDENT EXPERT MECHANISMS ON ELIMINATION OF DISCRIMINATION AND VIOLENCE AGAINST WOMEN (EDVAW PLATFORM), Joint Statement on

and cyber-violence like online attacks and hate-speech, may also particularly affect women confronting specific vulnerabilities, such as (undocumented) migrant, asylum-seeker and refugee women, including those fleeing from domestic violence, as well as lesbian, bisexual and trans women, all of whom are often not protected enough by current legal frameworks, among others, in the intra-European and EU context.⁷ Gendered cyber-violence affects women active in public life more, such as politicians, journalists and human rights defenders. This can have the effect of silencing women and hindering their participation in different spaces.⁸

4. In this context, two central ideas run throughout the article. One: it is crucial to remember that discrimination is a prelude to violence and constitutes its basis, given that violence does not occur in isolation, but in a certain social, economic, political, interpersonal and familial context of discrimination experienced by a great diversity of women and girls around the world. It is therefore relevant to focus on the context of discrimination in order to understand not only the phenomenon of discrimination itself, but also its most serious and visible manifestation, gender-based violence. Two: cyber-discrimination, cyber-bullying and cyber-violence have a connection to violence in the physical world and, because of the nature of cyberspace, constitute transnational risks that transcend national boundaries and jurisdictions. As such, efforts must continue to implement and not neglect applicable norms in that area, while adapting those norms or creating relevant instruments to address the new needs related to cyberspace.

5. Thus, each individual act of cyber discrimination, harassment and violence must be understood in its broader context. One dimension of this context is the digital and gender divide that has been widely documented, for example, considering the fact that, as a result of poverty, gender discrimination itself, lack of physical or technological access, and situations of occupation or armed conflict, there are 300 million fewer women than men with access to mobile internet.⁹ For all of them, therefore, cyberspace is still a distant reality. The other dimension is that the particular or disproportionate impact on women and girls in cyberspace that does occur is occurring in a global situation of gender backlash and loss or undermining of previously recognised rights - a situation that feminist and human rights movements are trying to counter, including by resisting and proposing creative initiatives in the face of human rights violations in cyberspace.¹⁰

6. Based on these core ideas and the framework referred to above, this article addresses in section II a doctrinal and normative examination of the conceptualisation of 'gender' and its impact on the human rights to non-discrimination and gender equality in the international legal system of the United

International Day of the Girl Child, where the seven UN and regional mechanisms of the Platform call for safe and inclusive digital spaces, free from online violence and harassment, so that girls' potential, well-being and prosperity can be attained, 11 October 2023, available at <https://www.coe.int/en/web/istanbul-convention> and <https://www.coe.int/en/web/istanbul-convention/edvaw-platform>.

⁷ See, e.g., C. RUIZ SUTIL, *Las violencias de género en entornos transfronterizos. Interconexión de las perspectivas de extranjería, asilo y del Derecho internacional privado*, Dykinson, Madrid, 2023; and C. AZCÁRRAGA MONZONIS, "La mujer extranjera víctima de violencias. Un estudio sobre la evolución de la extranjería y la protección internacional en la última década", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2023, n° 2, pp. 413-443. Especially on the protection challenges faced by women embarking on international journeys to flee from domestic and intra-family violence, see C. RUIZ SUTIL, "La movilidad intra-europea de las mujeres extranjeras irregulares víctimas de la violencia intrafamiliar: carencia de igualdad de género en la normativa de la Unión Europea", *Diario La Ley Unión Europea*, n° 83, julio de 2020, and C. HONORATI, "Violencia domestica e protezione cross-border", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2022, n° 2, pp. 225-256.

⁸ See, e.g., UN SPECIAL RAPPORTEUR ON FREEDOM OF OPINION AND EXPRESSION, Report to the UN Human Rights Council, "Gender Justice and the Right to Freedom of Opinion and Expression", A/76/258, 2021; EPRS, Combating gender-based violence: Cyberviolence, *op. cit.*, and EIGE, "Cyberviolence against Women and Girls", *op. cit.*

⁹ See WORLD BANK, "The World Bank in Gender", 6 April 2023.

¹⁰ See, e.g., Y. ERGAS, "Take Back the Future: Global Feminisms and the Coming Crisis of the Beijing Settlement", *Journal of International Affairs*, Vol. 72, No. 2, 2019, pp. 19-36; Centre for Feminist Foreign Policy, "Disrupting the multilateral order? The impact of anti-gender actors on multilateral structures in Europe", November 2022; A. Khan, 'Lessons on backlash from Women Deliver: tackling the enemy in the room', Overseas Development Institute, Conference recap of 14 August 2023, available at <https://odi.org/en/insights/lessons-on-backlash-from-women-deliver-tackling-the-enemy-in-the-room/>.

Nations (UN), as well as the specific legal responses to gender-based discrimination. Section III analyses cyber-violence and cyber-violations as new transnational risks that are materialised in online discrimination and other contemporary forms of harms to women's and girls' human rights. It also explores the standards applied and articulated by the different international human rights protection mechanisms explicitly dedicated to the rights of women and girls: the CEDAW Committee, the UN Special Rapporteur on Violence against Women and Girls, and the UN Working Group on Discrimination against Women and Girls. Section IV examines the impact of cyber-discrimination and gender-based cyber-violence on specific human rights, particularly freedom of expression and opinion, and the response of international human rights protection mechanisms. Section V examines the resilience and transnational organisation of women and girls in the face of these phenomena and the different initiatives that have been articulated in defence of women's human rights in cyberspace by various social and technological actors. Finally, section VI presents some final reflections that seek to provide constructive guidance on the concrete actions of both States and technology corporations for the better protection and construction of human rights and gender equality in cyberspace.

II. Gender equality and international legal standards relevant to cyberspace

7. Let us carry out a gendered analysis of the international legal regulation of cyberspace, both of that which currently exists and of that which may be potentially articulated in the future. To do so, it is necessary to start with a doctrinal and normative examination of the conceptualisation of the right to non-discrimination and gender equality in the international legal system. This section examines this development, above all in the field of human rights, but also less directly in other areas such as international criminal law.

8. This analysis will make it possible to understand the different forms of online discrimination and violence that particularly and/or disproportionately affect women and girls, as well as the different uses of cyberspace that can be used for the exercise of women's and girls' human rights, in particular freedom of expression, and for the joint construction - by women and men, institutions and civil society - of substantive gender equality. In this regard, the umbrella legislation in this area refers to the principle and the specific rule of equality and non-discrimination, in this case, on the basis of sex and/or gender.

9. The human rights of equality and non-discrimination, as two sides of the same coin, constitute the foundation of the obligation not to discriminate - neither in law nor in practice - on the basis of sex or gender, and the cornerstone of the principle, and in turn the norm, of equality between men and women, boys and girls. Indeed, 'if the principles embody the fundamental values of the [international] order, the norms establish more concrete rules, which regulate the diversity and plurality of situations that occur among the members of the social group'.¹¹

1. The concept of 'gender' and gender equality as a human right

10. Equality has been regarded as one of the central values and principles of modernity, which is 'rooted in the fabric of the legal order since classical international law'.¹² With regard to gender equality specifically, it should be recalled that the term 'gender' was originally conceptualised to explain and

¹¹ C. GUTIÉRREZ ESPADA and M. J. CERVELL HORTAL, *El derecho internacional en la encrucijada*, Trotta, Spain, fourth edition, 2017, p. 33. On the role played by principles in the particular field of international human rights law, see G. LE MOLI, "The Principle of Human Dignity in International Law", in M. ANDENAS, M. FITZMAURICE, A. TANZI, AND J. WOUTERS (eds.), *General Principles and the Coherence of International Law*, Brill, Leiden, 2019, pp. 35-38; and more generally WOUTERS, J., "The Role of General Principles in a Multi-layered Legal Setting", in M. ANDENAS, M. FITZMAURICE, A. TANZI, AND J. WOUTERS, J. (eds.), *General Principles and the Coherence of International Law*, Brill, Leiden, 2019, pp. 195-202.

¹² C. FERNÁNDEZ LIESA, "Transformaciones del Derecho internacional por los Objetivos de Desarrollo Sostenible", in *Anuario Español de Derecho Internacional*, No. 32, 2016, p. 59.

challenge the systematic oppression of women and, after the 1995 Beijing International Conference on Women, was considered one of the fundamental concepts of human rights at the international level.¹³

11. The concept of gender first appeared in feminist writings in the 1970s to challenge the then dominant position of biological determinism, which had naturalised women's inequality as a result of the biological difference between women and men.¹⁴ There were different feminist interpretations of the term,¹⁵ but the dominant approach defined gender as referring to the social norms, roles and expectations for women and men, as opposed to sex, which referred to the biological difference between them.¹⁶ While women of different social identities and socio-economic backgrounds have been part of the feminist movement since its origins,¹⁷ it was in the 1990s that the intersectional perspective, which calls for an analysis of the multiple interconnected dimensions of oppression such as sex, gender, class, race, sexuality, ethnicity and disability, firmly established itself as an important tool for analysing discrimination. The coining of the term intersectionality helped to clarify that women's social identities profoundly influence how individual women experience gender.¹⁸

12. Feminist theories developed the concept of gender to highlight the construction of social structures and norms that produce the unequal position of women and the relational aspect of the meaning of femininity and masculinity. Emphasising the social construction of women's inequality, feminist theories and activists around the world called for political action to change this. At the insistence of feminist activists in the 1990s the term 'gender' began to be used in international human rights law. In 1992 the UN Committee on the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW Committee) used the phrase 'gender-based violence' in its General Recommendation No. 19 on violence against women.¹⁹ In multilateral documents the term was first included in the Vienna Declaration and Programme of Action (1993),²⁰ and a year later in the Programme of Action of the International Conference on Population and Development, but was not defined.²¹

13. The concept of gender was referred to more than 200 times in the Beijing Declaration and Platform for Action, but only after States agreed to a declaration stating that the term 'should be interpreted and understood as it is in its "ordinary and generally accepted usage"'.²²

14. Following the Beijing Conference in 1995, a panel of experts was convened by the newly established United Nations Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR) to help clarify the use of the term with respect to women's human rights. The term gender was defined as referring to 'the ways in which societies throughout the world construct roles, attitudes, values and relationships

¹³ See UN WGDAGW, Position Paper "Gender Equality and Attacks on Achievements towards Gender Equality", written by Ivana Radačić and Alda Facio on behalf of the UN WGDAGW (and with input from other UN WGDAGW members), and unofficially translated by Martha Martell, edited and coordinated by Priscilla Mansilla Jiménez/Women's Human Rights Education Institute (WHRI), 2020. See also Report of the WGDAGW to the Human Rights Council, A/HRC/38/46, 2018.

¹⁴ Although the connected ideas of sex roles and psychological traits are discussed as early as the late 1940s, the concept of gender in feminist writings first appears in K. MILLET, *Sexual Politics*, New York, Doubleday, 1970, and in A. OAKLEY, *Sex, Gender and Society*, Templesmith, London, 1972; see UN WGDAGW Position Paper, 2020, *ibid*.

¹⁵ See, for example, "Gender Concepts around the World", *op. cit*.

¹⁶ For a discussion of the main theories, see R. W. CONNELL, "Theorising Gender", *Sociology*, Vol. 19, No. 2, 1985, pp. 260-272.

¹⁷ For an account of the engagement of women's movements with the United Nations, see A. FACIO, "Women's Human Rights on the Global Stage: Unfinished History", in *Canadian Women's Studies*, Vol. 22 (1-2), 2018-2019, pp. 1-13.

¹⁸ The term 'intersectionality' was famously coined by Kimberle Crenshaw in an effort to point out the "multidimensionality of black women's experience" that a single-axis analysis could not comprehend; K. CRENSHAW, "Demarginalising the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics", *Legal Forum of University of Chicago*, Vol. 1, 1989, pp. 139-167.

¹⁹ CEDAWA COMMITTEE, General Recommendation No.19, A/47/38, 1992.

²⁰ Declaration and Programme of Action, Vienna, 14-25 June 1993, UN Doc. A/CONF.103/9.

²¹ Report of the International Conference on Population and Development, Cairo, 5-13 September 1994, UN. Doc. A/CONF.171/13/Rev.1.

²² Report of the Fourth Women's Conference, Beijing, 4-15 September 1995, UN Doc. A/CONF.177/20/Rev.1.

with respect to women and men'. The expert group explained, 'Historically, different cultures construct gender in different ways, so that women's roles, the value their societies place on those roles, and the relationship to men's roles can vary considerably over time and from one context to another.'²³

15. It was not until 2011 that the term was finally explicitly defined in an international human rights instrument, in line with the feminist approach to its conceptualisation as a social construct. Noting gender as an important concept for addressing gender-based violence, the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence ('Istanbul Convention'), in its Article 3, defined it as 'the socially constructed roles, behaviours, activities and attributes that a specific society considers appropriate for women and men'.

16. While this is the first such definition in a legally binding international instrument, it was in fact already operative earlier in international human rights law. For example, in 2010, in interpreting sex discrimination as including gender discrimination, the CEDAW Committee similarly defined the term gender as follows:

the socially constructed identities, roles and attributes of women and men and the social and cultural meaning that society attaches to these biological differences, resulting in hierarchical relations between men and women and the distribution of power and rights in favour of men and to the detriment of women.²⁴

17. Similar to the inclusion of the concept of gender in international human rights law, significant advances can also be observed in international criminal law. Indeed, the gender mandate in the Rome Statute of the International Criminal Court (ICC)²⁵ was a historic milestone in the field of international criminal justice, allowing for the integration of a gender perspective in the criminalisation and prosecution of crimes,²⁶ as well as the participation of victims, many of whom are women, throughout the criminal process, including in the granting of reparations.

18. In December 2022, the ICC Office of the Prosecutor adopted the "Policy on the Crime of Gender-Related Persecution",²⁷ defined in Article 7(1)(h) of the Rome Statute as a crime against humanity (CLH), i.e., an act committed "as part of a widespread or systematic attack directed against a civilian population, with knowledge of the attack". It is intended to strengthen the 'gender perspective' in the investigation and prosecution of gender-based crimes, with 'gender' being understood, based on Article 7(3) of the Rome Statute, to mean sex characteristics and the social constructs and criteria used to define masculinity and femininity, including roles, behaviours, activities and attributes.

19. The ICC Policy on Gender Persecution is particularly important for the assessment of possible cybercrimes against women and girls, including the crime against humanity of gender-based persecution, that may come under the ICC's lens in light of the Rome Statute. This possibility, which until recently remained rather theoretical, is now a reality that the ICC Prosecutor Karim Khan is seriously

²³ Expert Group Panel on the Development of Guidelines for the Integration of Gender Perspectives in Human Rights Activities and Programmes, 20 November 1995, UN. Doc. E/CN.4/1996/105, para. 13.

²⁴ CEDAW Committee, General Recommendation No. 28, section 5, CEDAW/C/GC/28, 2010.

²⁵ Rome Statute of the International Criminal Court, 2187 UNTS 90, 17 July 1998; entry into force: 1 July 2002.

²⁶ This requires contextualising the gender dimensions not only of crimes of sexual and gender-based violence committed in the framework of war crimes, crimes against humanity (CAH), or genocide, but also of 'non-sexual' crimes such as homicide or kidnapping as part of CAH that create the conditions for the former acts of a more clearly sexual or gendered nature to be perpetrated; see I. ROSENTHAL, V. OOSTERVELD, AND S. SÁCOUTO, "What Is 'Gender' in International Criminal Law?", in *Gender and International Criminal Law*, Oxford University Press, 2022, p. 41.

²⁷ ICC OFFICE OF THE PROSECUTOR'S OFFICE, "Policy on the Crime of Gender-Related Persecution", ICC, December 2022: "'gender-related persecution' is the crime against humanity of gender-related persecution under Article 7(1)(h) of the Statute. Gender-related persecution is committed against persons because of their sexual characteristics or because of the social constructs and criteria used to define gender", p. 3.

considering in the context of Russia's cybercrimes against Ukraine's critical infrastructure.²⁸ More recently yet, the implications of cyber hate-speech in the current Israel-Gaza conflict have also been explored.²⁹ These situations strengthen the understanding suggested in this article to legally analyse the connection of cyberspace with physical space and the damage that virtual conduct and the violation of obligations arising from this conduct can produce in physical space.

2. Gender-based-discrimination and legal responses

20. Gender-based discrimination against women and girls, including in its online forms and its different manifestations in cyberspace, have been analysed by various human rights bodies. In this respect, and similarly to the CEDAW Committee, the Working Group on Discrimination against Women and Girls (WGDAGW), one of the UN Human Rights Special Procedures, has concluded that discrimination against women is based on both biological differences and social constructions.

21. The WGDAGW has recognised that women's and girls' experiences of discrimination are also determined by other identities (race, ethnicity, disability, age, sexuality, socio-economic status, etc.). The analysis of women facing *intersectionality and multiple forms of discrimination* is reflected in the Working Group's 2018 thematic report, where the Working Group noted that there are multiple and intersectional forms of discrimination against women around the world and within countries that reinforce and sustain each other. All women, in their diversity and in different circumstances, are affected differently by discriminatory laws and practices.³⁰

22. Regarding the legal concept of discrimination, it should be emphasised that this phenomenon refers not only to explicit and/or intentional acts, but also to measures that have the effect in reality of producing a deterioration or impairment of rights. It should be kept in mind that as early as 1979, CEDAW enshrined the principle of equality between women and men (Article 2.a.) and defined 'discrimination against women' as comprising any distinction, exclusion or restriction made on the basis of sex which has the effect *or purpose of* impairing or nullifying the recognition, enjoyment or exercise by women, irrespective of their marital status, on a basis of equality of men and women, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural, civil or any other field (Article 1). In addition, other prohibited grounds of discrimination are race, colour, descent, culture, language, religion, political opinion, national or ethnic origin, immigrant status, age, disability or any other status with the aforementioned intention or effect.³¹

23. Women and girls, therefore, can face discrimination, harassment, aggression and/or online violence both because of their sex and/or gender, and for reasons that add up cumulatively. A black or

²⁸ K. A. A. KHAN KC, "Technology Will Not Exceed Our Humanity", *Digital Front Lines*, 20 August 2023, available at <https://digitalfrontlines.io/2023/08/20/technology-will-not-exceed-our-humanity/>.

²⁹ S. FRENKEL and S. L. MYERS, "Antisemitic and Anti-Muslim Hate Speech Surges Across the Internet", *The New York Times*, 15 November 2023, available at <https://www.nytimes.com/2023/11/15/technology/hate-speech-israel-gaza-internet.html>

³⁰ A/HRC/38/46, para. 11.

³¹ See UN COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS (CESCR COMMITTEE), 'General Comment No. 20, Non-discrimination in economic, social and cultural rights (art. 2, para. 2)', E/C.12/GC/20, 10 June 2009, para. 7, in combination with the definitions of discrimination in article 1 of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination; article 1 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women; article 2.2 of the Convention on the Rights of the Child; and article 2 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities. The UN HUMAN RIGHTS COMMITTEE reaches a similar interpretation in 'General Comment No. 18, On the right to non-discrimination on the basis of immigration status' (paras. 6 and 7; see also UN COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF RACIAL DISCRIMINATION, 'General Recommendation No. 30: Discrimination against non-citizens: 01/10/2004 (General Comments)', available in 'Compilation of general comments and general recommendations adopted by the human rights treaty bodies', Addendum, HRI/GEN/1/Rev.7/Add.1, 4 May 2005.

indigenous girl or young woman, for example, may face (and indeed often does face) cyberdiscrimination or cyberviolence on the basis of her sex and gender, as well as her age, race and ethnicity.³²

24. Based on the referred definition of Article 1 of CEDAW and its correlative articles, differences in treatment may constitute discrimination against women if they have the effect or purpose of 'impairing or nullifying' the rights of women directly or indirectly. *Direct discrimination* occurs when the difference in treatment is 'explicitly based on sex and gender'.³³ However, identical treatment can be indirectly discriminatory if it has the effect of impairing or nullifying the rights of women. Such *indirect discrimination* can occur when 'a law, policy, programme or practice appears to be neutral with respect to men and women, but has a discriminatory effect in practice on women because pre-existing inequalities are not addressed by the apparently neutral measure'.³⁴

25. An illustrative example of the phenomenon of indirect discrimination in relation to the issue at hand, as mentioned in the Introduction, is access to the internet. This access is legally covered by a series of apparently neutral and non-discriminatory norms, but in practical reality they encounter a series of obstacles to being fully realised or complied with in relation to women. Thus, women are 50% less likely than men to have access to the internet, and 30-50% less likely to use it for personal empowerment. Indeed, in a World Wide Web Foundation survey of respondents, 59% of men reported having access to the internet compared to 37% of women.³⁵ This digital and gender divide in developing countries is even greater, with an average percentage of only 11% of women of the total population in these countries having access to the internet.³⁶

III. Gender cyberviolence and cyberviolations: transnational risks and new forms of gender discrimination

26. While there are new manifestations of gender-based discrimination against women and girls, such as the cyber-violations addressed in this article, it must be noted that their origin dates back to and also reflects more 'typical' forms of exclusion and marginalisation. As such, it is worth remembering that, as the CEDAW Committee has stated, gender-based violence is a manifestation -the most extreme one- of gender-based discrimination.³⁷

27. International human rights law defines gender-based violence against women as "any act of gender-based violence that results in actual or threatened physical, sexual or psychological harm, including threats, coercion or arbitrary deprivation of liberty, whether occurring in public or in private life".³⁸ As mentioned above, gender-based violence does not occur in a vacuum or in isolation, but is the result of historical and structural contexts of discrimination, i.e. unequal power relations, male control and gender stereotypes towards women and girls that become a breeding ground for the materialisation of

³² See, e.g., S. C. FRANCISCO and D.H. FELMLEE, "What Did You Call Me? An Analysis of Online Harassment Towards Black and Latinx Women", *Race and Social Problems*, Vol. 14, 2022, pp. 1-13.

³³ CEDAW COMMITTEE, "General Recommendation No. 28 on the core obligations of States Parties under Article 2 of CEDAW", UN Doc. CEDAW/C/GC/28, 2010, para. 16.

³⁴ *Ibid.* See also the highly regarded EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (ECtHR) case, *D.H. and Others v. Czech Republic (Grand Chamber)*, Case No. 57325/00, 13 November 2007, where the ECtHR for the first time gave central recognition to indirect discrimination when analysing the disproportionate placement of Roma (Gypsy) students in schools for persons with disabilities, especially paras. 181, 175 and 196.

³⁵ WORLD WIDE WEB FOUNDATION, 'A Global Snapshot of Women Online', available at <https://webfoundation.org/wro-network/>.

³⁶ WORLD BANK, "The World Bank in Gender", *op. cit.*

³⁷ See, e.g., CEDAW COMMITTEE, General Recommendations No. 19 (1992) and No. 35 (2017) on gender-based violence against women. Docs. No. A/47/38 and CEDAW/C/GC/35, respectively.

³⁸ UN GENERAL ASSEMBLY, "Declaration on the Elimination of Violence against Women", Resolution 48/104, 20 December 1993, articulated largely on the basis of the 1992 CEDAW Committee's GR No. 19, *op. cit.*

different forms of violence: physical, sexual, reproductive, obstetric, psychological, economic, political, social, institutional and, as evidenced in this text, virtual and 'online' environments.

28. Certainly, the development in technologies has created a different, now virtual, field for different forms of violence and discrimination that manifest themselves in various spaces and phenomena, such as cyberstalking, cyberharassment, non-consensual dissemination of intimate images, incitement to violence or hatred by cybernetic means, 'sexting', 'doxing', 'trolling' or 'revenge pornography'.³⁹ Another example, less explored by the literature from a human rights perspective, is that of sex work in the international arena (work that is highly female-dominated and in which most of the consumers are men -thus displaying a clear gendered dimension). This space generates a parallel clandestine market where human trafficking, leaks of intimate content and the production of abusive material of children and adolescents are the main products.⁴⁰ Hence, different proposals focus on the construction of international regulations in conjunction with civil society and by listening to and addressing the needs, challenges and proposals of sex workers themselves.

29. Along these lines, and based on the analysis presented in the previous section, it can be seen that the United Nations (UN) human rights protection mechanisms have approached the issue from the aforementioned lens of understanding the underlying forms of discrimination that make possible the most evident and visible manifestations of oppression and violence. Thus, it is relevant to look at the actions of the triad of mechanisms dedicated specifically to the human rights of women and girls (although as women and girls make up about half of humanity, many of the other human rights mechanisms also address the issue in a cross-cutting manner). In the system of international human rights protection, the three UN bodies dealing specifically and primarily with the human rights of women and girls are the CEDAW Committee, the treaty body referred to above, which began its work in 1982; and the two mechanisms under the Special Procedures on Human Rights, whose mandates are created by the UN Human Rights Council: the UN Special Rapporteur on Violence against Women and Girls, its Causes and Consequences (UN Special Rapporteur on VAWG), which began its mandate in 1994; and the Working Group on Discrimination against Women and Girls (WGDAWG), created in 2010, which has delved into the various forms of intersectional and structural discrimination faced by women and girls, as noted above.

30. For its part, the CEDAW Committee, the body that interprets and monitors compliance with CEDAW by States Parties and other obligated parties, in its 1992 General Recommendation (GR) No. 19 on violence against women, defined discrimination under Article 1 of the Convention as including gender-based violence, which is "violence that is directed against a woman because she is a woman or that affects her disproportionately", and which constitutes a violation of her human rights. In its 2017 General Recommendation No. 35, revising and updating its GR No. 19 on violence against women,⁴¹ the CEDAW Committee identifies that gender-based violence against women, whether committed by states, intergovernmental organisations or non-state actors, individuals and armed groups among others, remains widespread in all countries, with a high degree of impunity. It concludes that it manifests itself in a range of multiple, interrelated and recurrent forms, in a variety of settings, from private to public, including "...contemporary forms of violence occurring online and in other digital environments", and transcends national borders in the contemporary globalised world.

³⁹ For a more detailed description of these manifestations of online gender-based violence, see "Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on combating violence against women and domestic violence", *op. cit.*; UN SPECIAL RAPPORTEUR ON VIOLENCE AGAINST WOMEN AND GIRLS, ITS CAUSES AND CONSEQUENCES, Report to the UN Human Rights Council, A/HRC/38/47, 2018. On the effects of some of these phenomena at the national level, see, e.g., A. PLANNS, "Sexting, victimisation and anxiety in young Spanish women", *Quaderns de Polítiques Familiars*, No. 6, 2020, pp. 44-49.

⁴⁰ See, e.g., J. E. BENAVIDES DELVA and I. S. GONZÁLEZ LÓPEZ, "Venta sexual digital: las redes sociales y su regulación internacional", *Jurídicas CUC, Universidad de Guadalajara*, vol. 18, n.º. 1, 2022, pp. 241-278.

⁴¹ CEDAW COMMITTEE, General Recommendations No. 19 (1992) and No. 35 (2017) on gender-based violence against women, *op. cit.*

31. As far as the UN Special Rapporteur on VAWG is concerned, and developing further the interpretative line advanced by the CEDAW Committee, her 2018 report to the UN Human Rights Council was entirely devoted to online violence, in order to address the new challenges posed by this violence against women, including prevention, protection, prosecution and redress for such acts. In the report, the Special Rapporteur notes that the use of information and communication technologies has contributed to the empowerment of women and girls and to a fuller realisation of their human rights. She also indicates that there is a need to examine online violence and the applicability of national laws in this regard. It makes recommendations for States and non-state actors to combat online violence against women and girls, while respecting freedom of expression and the prohibition of incitement to violence and hatred, in accordance with Article 20 of the International Covenant on Civil and Political Rights,⁴² to which the vast majority of the 193 UN States are Parties, plus Palestine as one of the two observer subjects at the UN.⁴³

32. The WGDAGW has maintained a similar line of analysis across the different phenomena and cases presented to it (several of them on violence, including online violence), as well as in its thematic reports and country visits.⁴⁴ This line consists of looking at the phenomena of violence understood as the most serious and visible manifestation of gender discrimination against women and girls. As indicated above, the Working Group focuses on all forms of discrimination in law and practice, from the most overt and obvious, to the structural and root causes of such discriminatory norms or practices, with an intersectional and life-cycle approach, addressing the lived experiences of discrimination against girls, women and older women in all their diversity.⁴⁵

33. In this perspective, the Working Group has noted in its 2022 report to the Human Rights Council, “Girls’ and young women’s activism”, that girls and young women face significant obstacles in accessing information about their human rights, as well as the mechanisms available to them to seek protection from violations and redress in case their rights are violated, sometimes lacking specific forms of redress, including in case of online harassment and violence. It has also indicated that the lack of effective age- and gender-sensitive procedures, information, counselling, legal and other assistance, and access to independent complaints procedures, including courts, often leads to impunity.⁴⁶

IV. Challenges for women’s and girls’ freedom of expression in cyberspace

34. In response to the diversity of challenges identified in relation to gender-based cyber-violence and other forms of discrimination, attack and harassment, other UN Human Rights Special Procedures have also taken action. The different concrete expressions of online gender-based violence and its effects on women’s human rights have been identified, including the right to privacy and, most notably, the human right to freedom of opinion and expression and its correlative right to access to information.

35. Thus, the first woman UN Special Rapporteur on Freedom of Expression and Opinion dedicated her 2021 report to the Human Rights Council to “Gender justice and the right to freedom of opinion and expression”. In this report, the Special Rapporteur shines the spotlight for the first time on ‘gender censorship’ and concludes that it is pervasive, both online and offline. She notes that women’s voices are suppressed, controlled or punished explicitly by discriminatory laws, policies and practices, and implicitly by patriarchal social attitudes, cultural norms and values. Along the lines advanced above

⁴² See UN SPECIAL RAPPORTEUR ON VIOLENCE AGAINST WOMEN AND GIRLS, ITS CAUSES AND CONSEQUENCES, Report to the UN Human Rights Council, “Online violence against women”, A/HRC/38/47, 2018, especially paras. 115-119.

⁴³ See status of ratifications at https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?chapter=4&clang=_en&mtdsg_no=IV-4&src=IND

⁴⁴ The author is, at the time of writing, a member and chairperson of the WGDAGW.

⁴⁵ For a more detailed explanation of these tools and activities, see the WGDAGW webpage managed by the UN OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, available at <https://www.ohchr.org/en/special-procedures/wg-women-and-girls>.

⁴⁶ WGDAGW, 2022 Report to the Human Rights Council, “Girls’ and young women’s activism”, A/HRC/50/25, 2022.

regarding the current era of gender backlash, the Rapporteur notes that sexism and misogyny, which are dominant factors in gender censorship, have been exacerbated by the rise of populist, authoritarian and fundamentalist forces around the world.⁴⁷ Fundamentalist movements often play a prominent and visible role in gender censorship on social media platforms. Content moderation by *corporations* also shows signs of gender bias, sometimes using *algorithms* that reflect the biases of human norm-setters,⁴⁸ i.e., they produce indirect discrimination, such as that discussed in section II above.

36. Finally, the Rapporteur underlines that sexual and gender-based violence, hate speech and misinformation are widely used online and offline to chill or shut down women's expression. In many cases, online threats escalate to physical violence and even murder. Women journalists, politicians, human rights defenders and feminist activists are the targets of vicious and coordinated online attacks. The aim is to intimidate, silence and expel them from platforms and public life. The effect is to undermine human rights and roll back media diversity and inclusive democracy. Through consultations for the above report, the Rapporteur identifies that women's rights groups and feminist movements have also been subject to threats and pressures as authoritarian regimes seek to restrict civic space.⁴⁹

37. It should be emphasised that even in this often hostile or unfriendly environment for the realisation of human rights and gender equality, women have not simply been passive subjects on the receiving end of cyber-discrimination and cyber-violence without reacting or opposing. On the contrary, many of them have initiated different actions and campaigns of 'cyber-activism' to defend their rights.⁵⁰ Likewise, young women activists who previously resorted to in-person advocacy tactics are increasingly using online spaces in several countries; social media platforms such as TikTok, Instagram, Twitter, or services such as Telegram and Signal, are used for organising, mobilising and networking, campaigning and advocacy.⁵¹ These women and girls, and the groups and organisations they are part of or support, have proposed concrete actions that have fed into the recommendations of UN human rights mechanisms.

38. These recommendations have been addressed not only to States as the main obligated subjects, but also to other subjects with different levels of responsibility, such as transnational companies in a variety of relevant matters in cyberspace (such as the 'Big five in tech' or the 'tech giants': Google, Apple, Meta, Amazon and Microsoft). Thus, the UN Special Rapporteur on Freedom of Expression and Opinion has recommended that the digital space should be safe for women and that States should adopt strong laws and ensure their effective enforcement to prohibit, investigate and prosecute gender-based violence online.⁵²

39. Lastly, the UN Special Rapporteur stresses that there cannot be a trade-off between women's right to freedom from violence and the right to freedom of opinion and expression, but that both rights must be upheld equally by States. Restrictions on freedom of expression must therefore fully comply with *legality, necessity and proportionality*, and pursue legitimate objectives. Nor should public morality laws be a weapon to inhibit women's cultural, gender and sexual expression, or to restrict feminist speech.⁵³

⁴⁷ UN SPECIAL RAPPORTEUR ON FREEDOM OF OPINION AND EXPRESSION, Report to the UN Human Rights Council, "Gender justice and the right to freedom of opinion and expression", A/76/258, 2021. See also WGDAGW, Report to the UN Human Rights Council, "Reaffirming gender equality, and combating setbacks", A/HRC/38/46, 2018; Y. ERGAS, "Take Back the Future: Global Feminisms and the Coming Crisis of the Beijing Settlement", *op. cit.*; CENTRE FOR FEMINIST FOREIGN POLICY, "Disrupting the multilateral order? The impact of anti-gender actors on multilateral structures in Europe", *op. cit.*; K. A. A. KHAN KC, "Lessons on backlash from Women Deliver: tackling the enemy in the room", *op. cit.*

⁴⁸ UN SPECIAL RAPPORTEUR ON FREEDOM OF OPINION AND EXPRESSION, Report to the UN Human Rights Council, "Gender Justice and the Right to Freedom of Opinion and Expression", *op. cit.*

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ See, e.g., S. NÚÑEZ PUENTE, D. FERNÁNDEZ ROMERO and P. PEÑA JIMÉNEZ, "Ciberactivismo contra la violencia de género: fetichismo tecnológico e interactividad", *Feminismo/s*, No. 27, June 2016, pp. 177-195.

⁵¹ See, e.g., WGDAGW, Report to the UN Human Rights Council, "Girls' and Young Women's Activism", *op. cit.*

⁵² UN SPECIAL RAPPORTEUR ON FREEDOM OF OPINION AND EXPRESSION, Report to the UN Human Rights Council, "Gender Justice and the Right to Freedom of Opinion and Expression", *op. cit.*

⁵³ *Ibid.*

40. Another relevant normative instrument to address the phenomena of cyber-discrimination, harassment, and gender-based violence is the UN Guiding Principles on Business and Human Rights. This soft-law instrument states, based on international human rights law, that social media companies should conduct regular human rights and gender impact assessments to identify and mitigate systemic risks affecting women. They should also create safe and gender-sensitive platforms, adopt effective security policies and tools, ensure meaningful transparency, including of algorithms, and provide adequate remedies.⁵⁴

41. The Guiding Principles also indicate that States and other duty bearers are responsible for the observance of human rights. In this regard, they must comply with the legal norms and standards enshrined in international human rights instruments. Where they fail to do so, aggrieved rights holders have the right to initiate proceedings for appropriate redress before a competent court or other adjudicatory body, in accordance with the rules and procedures provided by law.⁵⁵

42. As is well known, the Guiding Principles form the basis of the current draft treaty on business and human rights, a legally binding instrument under negotiation at the time of writing. This potential international treaty will include not only obligations for States, among others, in relation to cyberspace, but also more direct avenues of complaint and enforcement against transnational corporations themselves, including information and communication technology companies.⁵⁶ This process opens a window of hope for more effective, protective and gender-sensitive regulation of 'human rights cyber-violations' against women and girls, including those that may constitute violations of domestic, regional⁵⁷ -including at the EU level with the most legally advanced proposal for a Directive in this field,⁵⁸ or international criminal law, as mentioned in sections II and III above.

V. New openings for women and girls in cyberspace? Some proposals with a gender perspective

43. The CEDAW Committee's GC 35, referred to above, indicates that violence occurs in the redefinition of the public and the private through technological environments. It is considered that this redefinition can play out in favour of women and girls if States comply with their obligations under international human rights law and technology companies support this effort.

44. Along these lines, there are several social, academic and professional initiatives led by and for women and/or adopting a gender perspective. These actions aim to make the internet accessible to all women and girls, to level the playing field and to open up the full range of opportunities that cybers-

⁵⁴ UN HUMAN RIGHTS COUNCIL, "Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy' Framework", Resolution 17/4, 16 June 2011.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ See Z. MIKULLOVCI, "Overview of the Proposed Binding Treaty on Business and Human Rights", *Georgetown Law Transnational Business Center*, Blog, 9 March 2023, available at <https://www.law.georgetown.edu/transnational-business-center/blog/an-overview-of-the-proposed-legally-binding-instrument-to-regulate-in-international-human-rights-law-the-activities-of-transnational-corporations-and-other-business-enterprises/>.

⁵⁷ See, e.g., GREVIO (Expert group on action against violence against women and domestic violence), "General Recommendation No. 1 on the digital dimension of violence against women", Council of Europe, Strasbourg, 20 October 2021; INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, "Annual Report 2022. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión", *op. cit.*

⁵⁸ The "Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on combating violence against women and domestic violence", *op. cit.*, specifically provides for minimum rules for certain cybercrimes relating to cyber violence in its Articles 6 to 10. The European Parliament has also asked the Commission to propose legislation on violence against women and domestic violence, as well as on gender-based cyber violence. The European Parliament has adopted two legislative own-initiative reports based on Article 225 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), requesting the Commission 7 to submit proposals on combating gender-based violence and cyber-violence 8 and on the inclusion of gender-based violence as a new criminal offence in Article 83(1) TFEU 9 respectively.

pace can provide.⁵⁹ They also aim to make it an environment where human rights and gender equality are respected and protected, based on regulations that also apply in the physical world, as well as on provisions - currently in existence or in the process of negotiation or adoption - specifically aimed at the regulation and use of cyberspace.

45. It is conceivable that these initiatives could permeate international and comparative law, as well as the actions of different actors in the international community who are influential in understanding and confronting gender-based cyber-violence and the different risks and threats to women and girls in cyberspace.

46. An illustrative example is the Women, Peace and (Cyber)Security Agenda, based centrally on Resolution 1325 on “Women, Peace and Security” (WPS), adopted in 2000 by the UN Security Council, on the basis of which all UN Member States are obliged to have such an agenda at the national level. The WPS Agenda calls for privileging and facilitating women's participation in the prevention, response and resolution of armed conflict, and adopting gender-sensitive considerations in all international, national and local attention to conflict.⁶⁰

47. In this regard, some academics and organisations have explored the relationship between the Women, Peace and Security Agenda, on the one hand, and threats and cybersecurity, on the other. As such, the links between the priority issues of the WPS agenda (gender equality, women's participation in international security, prevention and protection of violence against women, gender-differentiated needs) and international cybersecurity have been analysed. These studies and initiatives have also identified priority areas that need to be addressed to ensure a gender-inclusive cyberspace that protects the rights of women and girls.⁶¹

48. The WPS Agenda, which holds intrinsic value, also becomes particularly relevant when tracing the interconnection with international crimes that may be perpetrated in the context of armed conflict and in light of the ICC's ongoing position on international cybercrimes, including possible international gender-based crimes, as referred to above.⁶²

49. Another notably significant area of cyberdiscrimination and gender-based violence is the field of artificial intelligence (AI). In this respect, there are at least two central aspects that may influence the ways in which women and girls experience the use of cyberspace and the impact it may have on their rights. On the one hand, algorithmic bias whereby existing social, cultural and legal gender biases and stereotypes are reproduced in the design and application of algorithms and, in a circular process, reinforce and perpetuate these experiences of discrimination in the real world.⁶³ And on the other, the demonstrated ability of AI to contaminate human decision-making.⁶⁴

50. In relation to these risks, it has been argued that some AI systems cause or are likely to cause physical or psychological harm through the use of ‘subliminal techniques’ or by exploiting the vulnerabilities of a ‘specific group of people due to their age, physical or mental disability’ - a risk which may

⁵⁹ For example, WOMCY- Latam, Women in Cybersecurity; WISECRA, Women in Security and Resilience Alliance; and Women4Cyber (<https://www.women4cyberspain.es/>).

⁶⁰ See UN DEPARTMENT OF POLITICAL AND PEACEBUILDING AFFAIRS, “Women, Peace and Security”, available at <https://dppa.un.org/en/women-peace-and-security>.

⁶¹ L. SHARLAND, *et al.*, “System Update: Towards a Women, Peace and Cybersecurity Agenda”, UNIDIR, Geneva, available at <https://doi.org/10.37559/GEN/2021/03>

⁶² See ICC OFFICE OF THE PROSECUTOR, “Policy on the Crime of Gender-Related Persecution”, *op. cit.* and K. A. A. KHAN KC, *op. cit.*

⁶³ See, e.g., M. SEPÚLVEDA, “Tecnología biométrica en programas sociales, ¿una preocupación legítima?», *México Social*, 2019, available at <https://www.mexicosocial.org/magdalena-sepulveda-tecnologia-biometrica-programas-sociales/>.

⁶⁴ See, e.g., J. BORANA, ‘Applications of artificial intelligence and associated technologies’, in *Proceedings of the ETEBMS-2016*, Jodhpur, India, 2016, pp. 64–67.

particularly affect girls and young women, as explored above. For some authors, such use of AI should be prohibited. The World Health Organisation supports this prohibition and, in particular, describes such uses of AI as precluding informed consent in the health care setting.⁶⁵

51. There have been significant efforts from academia in combination with technology companies that seek to build equality, including gender equality, in the use and application of AI.⁶⁶ These initiatives are aimed at data scientists, but are multidisciplinary in their conception and delivery, as social scientists and future policy makers need to understand the fundamentals of the technology they increasingly employ to implement policy objectives. Summarising their objectives, projects of this type seek to understand how applying basic human rights principles - equality and non-discrimination, participation and inclusion, accountability and the rule of law - in the technological and cyberspace framework relate to the design, construction, deployment and use of artificial intelligence systems, as well as understanding human rights as fundamental concepts that are indivisible, interdependent and interrelated with technological products.⁶⁷

52. In this context, the question arises, can our algorithms and technological tools simply be made 'blind' to the inequalities and asymmetries of power that exist in the real world? An essential starting point is that real-world inequalities have been found to be reproduced in algorithms and returned to the real world. Thus, while there is still sometimes a common belief in the data science and engineering community that data is neutral and true, today several authors and practitioners conclude that this is a myth: data is relative and contextual. Without context and purpose, data is just a meaningless set of numbers.⁶⁸

53. My submission is that by using a human rights-based approach, there is a greater chance of creating an environment in which technologists, policy makers and citizens share a common vocabulary, unlocking informed debates about their visions of data and purposeful policy. Such an approach would focus on the impact of technology on human beings and their fundamental and inalienable rights. Thus, the entire life cycle of technology should be examined in an ecosystemic approach: from target to creation, through construction and deployment, and back again, in an iterative approach that recognises the changing nature of algorithms in a real-world context.

54. However, one might question why a human rights-based approach should be advocated in the face of existing ethical or 'responsible AI' initiatives. In this respect, if parallels are drawn with similar approaches such as corporate social responsibility or ethical codes in technology, a human rights-based approach to artificial intelligence aims to put equality and inclusion at the heart of machine learning algorithms. Integrating the human rights principles reviewed throughout this article into information technology to help technology, policy makers and citizens create technology that is aware of and aligned with human rights values, rather than unintentionally harming them.

55. Ethics, which is certainly crucial, is also situational. A record from 2023 shows that there were more than 80 guidelines and recommendations in this field from groups ranging from universities to the private sector to governments. Regardless of the strength of some guidelines, their sheer number and variety create an 'à la carte' application of ethical and responsibility principles that ultimately blur the ethics debate.⁶⁹

⁶⁵ See, e.g., J. BARD, "AI's Ability to Manipulate Decision Making Requires a Moratorium on Its Use in Obtaining Consent for Biomedical Research", *Bill of Health*, Harvard Law Petrie Flom Center, 14 July 2023, available at <https://blog.petrieflom.law.harvard.edu/2023/07/14/ais-ability-to-manipulate-decision-making-requires-a-moratorium-on-its-use-in-obtaining-consent-for-biomedical-research/>.

⁶⁶ See, e.g., AI & EQUALITY, "AI & Equality. Human Rights Toolbox", available at <https://aiequalitytoolbox.com/>

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ On algorithmic gender discrimination, see EIGE, "Gender Equality Index 2020: Digitalisation and the future of world", EIGE, 2021, available at <https://eige.europa.eu/publications-resources/toolkits-guides/gender-equality-index-2020-report/digitalisation-and-equal-rights-role-ai-algorithms>.

⁶⁹ See detailed analysis in AI & EQUALITY, *op. cit.*

56. In comparison to ethics, normativity and human rights frameworks have an agreed and established international body of law that makes the conversation and objectives more concrete as a starting point. Ultimately, human rights focus on the impact of the use of cyberspace on human beings. In this context, technology must be developed based on a gender and intersectional perspective, guided by the principles and rights of equality and non-discrimination, freedom from violence, privacy, freedom of opinion and expression, autonomy, and personal liberty and security.⁷⁰

57. With specific regard to the human right to gender equality, Article 5 of CEDAW requires States Parties to take measures to eliminate gender stereotypes. Likewise, Article 4 allows States to adopt temporary affirmative measures in order to close inequality gaps and correct systemic discrimination against women and girls, whether direct or indirect, as mentioned in section II of this text. It is true that these measures are commonly understood as mandatory gender quota policies or even gender parity. However, these are not the only temporary affirmative measures that are possible. In a comprehensive sense, in order to remedy structural discrimination, other measures can also be considered in the light of this provision, for example, those that promote and facilitate financial literacy, access to formal employment and access to higher education.

58. This is therefore a clear example of how to use the principles and norms of international human rights law on gender equality and non-discrimination of women to address and regulate cyberspace more efficiently and justly.

VI. Final reflections

*At best, the digital revolution will empower, inform, connect and save lives. At worst, it will disempower, misinform, disconnect and cost lives. Human rights will make the difference in this equation.*⁷¹

International human rights law, as well as relevant doctrine and practice, has been concentrated in recent years in the field of cyberspace and women's human rights, as shown in this article. More specifically, in the text I have reviewed the standards articulated by international human rights protection mechanisms, with a closer focus on those dedicated to women's and girls' human rights and those that explicitly adopt a gender perspective. It has been analysed and demonstrated that the reviewed norms and standards provide a legally binding framework, and at the same time useful in practice, for protecting and enhancing women's human rights, especially the rights to gender equality and non-discrimination. Other relevant rights involved in protecting women and girls effectively from transnational risks derived from the development of cyberspace, are the rights to freedom of opinion and expression, freedom from violence, privacy, autonomy, and personal liberty and security.

In terms of substance, such norms and standards call on States and corporations, particularly technology corporations, to create or facilitate inclusive, equal and safe online platforms and spaces for women and girls, with a gender and intersectional perspective, that promote and protect all their human rights.

In terms of process, they require that women and girls be included, and their voices and needs heard in relation to the development of cyberspace regulation, especially those who are marginalised and excluded, so as to ensure gender equality, but also other forms of equality, such as racial and socio-economic equality. International legal principles and standards therefore call for the promotion of broad

⁷⁰ In this regard, see R. CELORIO, *Women and International Human Rights in Modern Times. A Contemporary Casebook*, Edward Elgar Publishing, UK, 2022, pp. 346-347.

⁷¹ M. BACHELET, former UN High Commissioner for Human Rights, "Human Rights in the Digital Age - Can They Make a Difference?", Conference, 17 October 2019.

civil participation in decision-making and the design and implementation of online platforms and spaces that contribute to gender equality and gender justice.

Thus, a human rights-based and feminist approach would require that, as concentric circles and in this order of priority, artificial intelligence should address the following points: **(i)** that it complies with human rights obligations to women and girls, **(ii)** that it is guided by human rights standards and principles from its first design to its development and implementation, **(iii)** that it prevents and addresses transnational risks such as cyber-violations in the form of cyber-discrimination, harassment and violence, and that it contributes to human rights, and **(iv)** that it empowers women and girls, especially those in situations of greater marginalisation, discrimination or exclusion, and that it empowers duty-bearers as well to contribute to these human rights-based parameters.

In this context, in my opinion, the main challenge of the current historical moment is to move from non-discrimination in cyberspace to the reaffirmation and realisation of human rights. It is the responsibility of States, corporations and civil society, and particularly of those subjects and actors in positions of greater power and resources, to proactively build safe, egalitarian and just spaces for women and girls in the virtual world and in the physical world with which it is connected.

Un paso más para la eficacia internacional de la venta forzosa de buques

A further step towards the international effectiveness of the judicial sale of ships

JULIO CARLOS FUENTES GÓMEZ

Administrador Civil del Estado y Doctor en Derecho

ORCID ID: 0000-0002-3759-4741

Recibido: 15.12.2023 / Aceptado: 15.01.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8421

Resumen: El 7 de diciembre de 2022, la Asamblea General de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) adoptó la conocida como Convención de Beijing sobre la Venta Judicial de Buques, ciudad en la tuvo lugar la firma el 5 de septiembre de 2023. El nuevo convenio supone un paso adelante en el reconocimiento de los efectos internacionales de las ventas forzosas de buques. Para su correcta aplicación el convenio tendrá que aplicarse de manera coherente tanto con las legislaciones nacionales como otros convenios que también se ocupan de esta materia. Este artículo profundiza en la relación entre estos niveles normativos a partir de la regulación española, entre los que existe un alto grado compatibilidad, sin perjuicio de que también serán necesarias algunas reformas.

Palabras clave: Venta judicial de buques, acreedores marítimos, efectos internacionales, registros de buques, orden público, Ley de Navegación Marítima.

Abstract: On December 7, 2022, the General Assembly of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) adopted the so-called Beijing Convention on the Judicial Sale of Ships, where it was signed on September 5, 2023. The new convention represents a step forward in the recognition of the international effects of judicial sales of ships. For its correct application, the convention will have to be applied in a manner consistent with both national legislation and other conventions that also deal with this matter. This article explores the relationship between these regulatory levels based on the Spanish regulation, between which there is a high degree of compatibility, without prejudice to the fact that some reforms will also be necessary.

Keywords: Judicial sale of ships, maritime creditors, international effects, ship registers, public order, Maritime Navigation Law.

Sumario: I. El camino hacia un nuevo régimen normativo de la venta forzosa de buques. II. La venta forzosa de buques en la Ley de Navegación Marítima. III. El marco internacional de los privilegios marítimos: el Convenio de Ginebra sobre Privilegios Marítimos y la Hipoteca Naval de 1993. IV. La nueva Convención sobre los Efectos Internacionales de las Ventas Judiciales de Buques. 1. El fin, las definiciones y el ámbito de aplicación del CVJB. 2. La realización de la venta judicial: las notificaciones y el certificado. 3. La intervención del registro de buques. 4. La suspensión y la anulación de la venta judicial. 5. La venta judicial manifiestamente contraria al orden público. 6. La relación del CVJB con otros convenios y con las normas de la Unión Europea. V. Conclusiones.

I. El camino hacia un nuevo régimen normativo de la venta forzosa de buques

1. Los litigios de Derecho marítimo presentan algunas notas especialmente marcadas. La primera viene dada por la internacionalidad, derivada de la distinta nacionalidad o residencia de los intervinientes en esos procesos. A ella se añade que la garantía del cumplimiento de las obligaciones y las responsabilidades en que incurren los navieros o armadores recae, tradicionalmente, sobre sus buques. Prueba de ello es el ya derogado artículo 587 del Código de Comercio de 1985, que permitía la exención de la responsabilidad del naviero en el caso de que hiciera abandono del buque con todas sus pertenencias y los fletes que hubiera devengado en el viaje¹.

2. De acuerdo con la tradición marítima, el buque, con sus pertenencias, se concibe como un patrimonio separado de los bienes de su propietario, como exigen dos instituciones propias de este ámbito: la limitación de responsabilidad y los créditos privilegiados marítimos. La lógica de estas figuras obedece a la lejanía del armador o propietario del buque a efectos de plantearle cualquier reclamación, frente a la facilidad de alcanzar el buque en una jurisdicción cercana. De esta forma, el buque, sin perjuicio de poseer la nacionalidad del Estado que lo abandera, podrá quedar sometidos a diversas medidas ante las jurisdicciones de otros países. De hecho, lo frecuente es que no coincida la ley del pabellón de un buque objeto de venta judicial y la ley aplicable a este procedimiento². Es así como de las citadas instituciones nacieron otras que aseguraban su efectividad, como es el embargo preventivo de buques³ y su venta judicial.

3. El conocimiento de un litigio que verse sobre los incidentes propios de la navegación marítima llevará al juez a adoptar decisiones que, en numerosas ocasiones, giran en torno al buque, cuya actividad ha sido causa de las distintas demandas. De ahí que muchos de esos procesos finalicen con la venta judicial de un buque y es el producto de la venta el que ha de satisfacer los daños producidos o saldar las deudas pendientes.

4. Como indican M. ALBA FERNÁNDEZ y J.P. RODRÍGUEZ DELGADO, “la venta judicial de un buque representa la etapa final de cualquier procedimiento judicial por la reclamación de deudas marítimas contra el armador o el propietario”⁴.

5. Las disposiciones aplicables a esta materia vienen constituidas en los distintos Estados tanto por normas internacionales como internas. De esta forma, aunque el procedimiento para conseguir la ejecución de un buque debe practicarse de acuerdo con la legislación del foro, existen “algunas normas internacionales que han de ser tomadas en consideración a fin de lograr el reconocimiento internacional de dicha ejecución y los efectos que la misma está llamada a producir”⁵.

6. No obstante, hasta ahora, las normas internacionales no han sido capaces de garantizar el reconocimiento de la venta judicial de un buque por Estados distintos al del tribunal que adopta esa decisión. La razón reside en que muchas jurisdicciones que en su legislación interna reconocen que la venta judicial de un buque supone la eliminación de las cargas e hipotecas existentes, no contemplan idéntica previsión cuando se trata de reconocer la venta judicial de un buque en otro Estado.

¹ E. CARBALLO MORALES, “La nave y el capitán en los riesgos del transporte marítimo”, separata del núm. 3/1968 de la *Revista Española de Derecho Marítimo*, Comité de Derecho Marítimo, Valencia, p. 23.

² P. MYBURGH, “International recognition of judicial ship sales: English common law and the Beijing Convention”, en *Journal of International Maritime Law*, 28 (2022) 6, noviembre – diciembre 2022, pp. 368-369.

³ Frente a la tendencia a eliminar la posibilidad de embargar preventivamente bienes de extranjeros (que quedó de manifiesto en su desaparición en la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000, frente a las previsiones de la Ley de 1881), son distintos convenios internacionales los que prevén la aplicación de estas figuras. *Vid.* A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, volumen I, decimosexta edición, Comares, Madrid, 2016, pp. 870-871.

⁴ M. ALBA FERNÁNDEZ/ J.P. RODRÍGUEZ DELGADO, “Proyecto de Convenio sobre venta judicial de buques: una breve guía de urgencia”, en *Revista de Derecho del Transporte* n.º 29, 2022, p. 250.

⁵ J.L. GABALDÓN GARCÍA, *Curso de Derecho Marítimo Internacional: Derecho marítimo internacional público y privado y contratos marítimos internacionales*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 918.

7. Este es precisamente el objetivo de la Convención sobre los Efectos Internacionales de las Ventas Judiciales de Buques, más conocida como Convenio de Beijing sobre la venta judicial de buques (en adelante, CVJB), adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 7 de diciembre de 2022 y cuya ceremonia de firma tuvo lugar el 5 de septiembre de 2023 en Pekín.

8. La negociación de este nuevo convenio se llevó a cabo en el seno de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) entre mayo de 2019 y junio de 2022, a partir de la toma en consideración de una propuesta del Comité Marítimo Internacional, adoptada en 2018, a partir de una propuesta de 2014⁶.

9. El trasfondo de la nueva regulación reside en asegurar el reconocimiento internacional de la venta judicial de un buque y, con ello, la extinción de cualquier hipoteca, carga o gravamen que recaiga sobre el buque que haya sido objeto de ese procedimiento. Se trata de hacer frente al problema al que se enfrentan tanto los nuevos propietarios (de buena fe) de buques adquiridos en ventas judiciales como quienes financian su compra, que, con frecuencia, tienen que hacer frente a reclamaciones por deudas anteriores que tenían al buque como garantía. En la práctica, han sido frecuentes los nuevos embargos de buques que acaban de ser vendidos y son objeto de otra venta posterior. El resultado de todo ello es la pérdida de valor del buque, de donde se derivan perjuicios para los diversos actores del tráfico marítimo.

10. Esta situación explica el propósito principal del CVJB, que es asegurar el efecto transfronterizo de las ventas forzosas, para reforzar con ello el valor del buque como garantía y, a la postre, el acceso al crédito en la industria marítima. En definitiva, se trata de un instrumento que persigue el reconocimiento internacional de las ventas judiciales de buques en beneficio de todos los intereses involucrados. Esto es así porque la venta forzosa de un buque, al igual que la venta voluntaria, es una forma de adquirir su propiedad, con la salvedad de que se impone por la ley con la finalidad de “satisfacer los intereses de determinados acreedores, privilegiados o no”⁷.

11. Desde el principio, podemos caracterizar el CVJB como una norma pragmática, que ofrece de manera deliberada una regulación incompleta, pero adecuada para alcanzar su objetivo. Se trata, además, de una norma de contenido intencionadamente limitado, lo cual obedece a la necesidad de respetar el derecho preexistente en esta materia, que se encuentra tanto en otros convenios internacionales como en las legislaciones nacionales. La previsible entrada en vigor del CVJB ofrece la oportunidad de efectuar un análisis de lo que será el nuevo marco normativo de la venta judicial de buques, que previsiblemente requerirá algunas modificaciones de la regulación española. Para ello, antes de analizar el contenido del CVJB, se examinará cuál es el marco normativo en el que se inserta, tanto nacional (limitado a España) como internacional, para examinar después el fundamento del CVJB y su contenido, así como las cuestiones que plantea.

II. La venta forzosa de buques en la Ley de Navegación Marítima

12. España cuenta con una regulación sobre la venta forzosa de buques en la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima (en adelante, LNM). Igualmente, nuestro país es parte del Convenio de Ginebra sobre Privilegios Marítimos y la Hipoteca Naval de 1993 (en adelante, CPMHN). Estas normas responden a una configuración de la venta forzosa de un buque para el pago a los acreedores como una de las causas de extinción de las deudas de las que responda dicho buque.

13. La LNM regula la venta forzosa de buques en el capítulo III del título IX, dentro de las especialidades procesales. Como explicaba la propia memoria que acompañó a esta ley durante su trami-

⁶ A. FENECH / P. LAURIJSEN, “Preface”, en *European Transport Law* VOL. LVIII n.º 2 – 2023, p. 135.

⁷ E. GARCÍA-SAÑUDO DÍEZ, “La venta forzosa de buques”, en *Comentarios a la Ley de Navegación Marítima*, AEDM-Dykinson, Madrid, 2015, p. 455.

tación⁸, la inclusión de estos preceptos es consecuencia de la remisión de la ley al CPMHN que se ocupa de los privilegios e hipotecas marítimos. La venta judicial de buques se configura como un proceso especial de ejecución, que ha de seguirse después de que el tribunal acuerde la citada enajenación y que hasta ahora no ha suscitado demasiado interés para la doctrina ni los especialistas.

14. De este modo, el artículo 480 de la LNM remite, en primer término, a las pocas normas aplicables a esta materia que contiene el CPMHN y, como complemento a las normas que incorpora la propia LNM, a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC) o, en su caso, a la normativa administrativa que resulte de aplicación en los casos en los que sea la Administración pública la que realiza esa enajenación de un buque en pago de deudas. De aquí se desprende que la venta forzosa puede tener lugar mediante este procedimiento especial que regula la LNM o efectuarse por una Administración pública en pago de deudas, normalmente tributarias.

15. Las normas de la LNM responden al fin de mantener la identidad entre la normativa interna y la internacional, pero respetando en lo demás la normativa procesal común. Por ello, este capítulo se abre con la enunciación, en el artículo 480, de que la venta forzosa del buque se regirá por lo dispuesto en la LEC para la subasta de los bienes muebles sujetos a publicidad registral, salvo las especialidades que se contienen en esta ley. De esta forma, la LNM y la LEC son la *lex fori* aplicable a las ventas forzosas en España.

16. La venta judicial de buques “es un medio de garantizar el cobro y obtener el pago de créditos, ya que el producto es entregado a los acreedores”⁹. La distribución del producto de la venta judicial del buque se efectuará de acuerdo con la prelación de créditos que contiene el CPMHN¹⁰.

17. La idea básica que late en esta normativa especial es que la venta forzosa implica la cancelación de todos los gravámenes que sobre el buque pudieran pesar. Esta es precisamente la diferencia del régimen de la venta forzosa de buques con el que establece la LEC para la enajenación forzosa de bienes, en el cual solo se cancelan las cargas posteriores al gravamen que se ejecuta, mientras que subsisten las cargas anteriores¹¹.

⁸ La memoria original fue redactada por la Sección Especial para la Reforma del Derecho de la Navegación, compuesta por J.F. DUQUE DOMÍNGUEZ, E. ALBERT PIÑOLÉ, C. ALONSO LEDESMA, J.L. GABALDÓN GARCÍA, M.A. RUEDA PÉREZ, J.M. RUIZ SOROA, A. SÁNCHEZ ANDRÉS y L.M. GUÉREZ ROIG. Esa memoria está incluida en la publicación que lleva el título *Propuesta de Anteproyecto de Ley General de la Navegación Marítima*, editada por el Ministerio de Justicia, Madrid, 2004. La explicación de las normas sobre la venta forzosa de buques se encuentra en las páginas 76 y 77.

⁹ M.J. MORILLAS JARILLO, “Disposición adicional vigésima primera. Praelación de créditos en los casos de venta judicial de buques”, en *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante y normativa de desarrollo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 1701.

¹⁰ No obstante, subsisten en nuestro ordenamiento jurídico algunas normas que debieran haber sido objeto de actualización tras la aprobación de la LNM. Es lo que sucede con la disposición adicional vigésima primera del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (en adelante, TRLPEMM), aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre. Esta norma lleva la rúbrica de “Praelación de créditos en los casos de venta judicial de buques” y reconoce el carácter de créditos privilegiados, de acuerdo con el derogado artículo 580 del Código de Comercio, a las tasas devengadas por utilización especial de las instalaciones portuarias y a los créditos por tarifas devengadas por servicios comerciales prestados al buque.

Estas previsiones debieran haber sido objeto de modificación. En principio, las tasas y tarifas portuarias quedarían incluidas en el privilegio que la letra d) del artículo 4.1 del CPMHN reconoce a “los créditos por derechos de puerto”. Sin embargo, como han señalado los tribunales, no todos los servicios y suministros regulares estarían comprendidos dentro del CPMHN. *Vid.* M.J. MORILLAS JARILLO, *cit.*, pp. 1709-1711.

Por su parte, el artículo 304.3 del TRLPEMM reconoce, igualmente, como crédito privilegiado los derivados de la remoción o hundimiento del buque, sin que el propietario del buque pueda limitar su responsabilidad con arreglo al Convenio Internacional sobre Limitación de la Responsabilidad nacida de Reclamaciones de Derecho Marítimo, hecho en Londres, de 19 de diciembre de 1976 y reformado por el Protocolo de Londres, de 2 de mayo de 1996.

¹¹ A.J. BETANCOR GUERRA y E. NÚÑEZ RODRÍGUEZ, “Especialidad procesal referida a la cancelación de cargas en sede de ejecución forzosa de buques”, en *Legal Today*, 22 de junio de 2023 (disponible en <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-civil/civil/especialidad-procesal-referida-a-la-cancelacion-de-cargas-en-sede-de-ejecucion-forzosa-de-buques-2023-06-22/>, consultado el 8 de noviembre de 2023).

18. En la venta forzosa concurre la prerrogativa que el derecho concede a los créditos marítimos privilegiados y la afcción real y especial del buque al pago de esos créditos, como contrapartida al derecho que se reconoce al naviero de limitar su responsabilidad frente a otros créditos¹². También debe tenerse en cuenta que la venta forzosa de un buque puede también producirse por causas no marítimas que quedan fuera de esta regulación¹³.

19. Este régimen de extinción de los gravámenes exige, al mismo tiempo, en salvaguarda de los intereses de los acreedores, del establecimiento de un sistema de publicidad sobre el procedimiento de ejecución que conduce a la enajenación forzosa del buque para que todos ellos puedan hacer valer sus derechos y concurrir a la distribución del producto obtenido por la realización del valor del buque.

20. Para lograr este objetivo, los artículos 481 y 482 establecen, como paso previo a la venta forzosa, la obligatoriedad de dar a conocer a los interesados la resolución de la autoridad judicial (o administrativa, ya que estas garantías también se han de observar cuando la enajenación se efectúe por un órgano administrativo) de proceder a la venta del buque. Destinatarios de esta notificación son tanto los titulares de derechos de garantía como el propietario registral y el registrador o autoridad competente encargada de la inscripción del buque. R.A. GONZÁLEZ-LEBRERO entiende que esa notificación “debe hacerse al registrador titular del Registro de Bienes Muebles, así como a la autoridad competente encargada de la inscripción del buque en el Estado que lo hubiera autorizado a enarbolar temporalmente su pabellón, si fuere el caso”¹⁴. A los anteriores interesados se añaden los titulares de las hipotecas o gravámenes inscritos, con independencia de que se hubieran constituido o no al portador.

21. Como los titulares de hipotecas constituidas al portador, así como los de créditos privilegiados, no son conocidos, dada la forma de constitución del gravamen en el primer caso y el carácter de garantías ocultas que, normalmente, tienen los segundos, el deber de notificación impuesto por la norma queda, en estos casos, limitado a quienes hubieren comunicado la existencia de su crédito a la autoridad competente encargada de proceder a la venta.

22. Las exigencias de publicidad de la venta se completan con una referencia al plazo y al contenido de la notificación, al momento en que la misma debe efectuarse, así como a la forma en que debe llevarse a efecto (artículo 482).

23. Es así como el procedimiento garantiza la necesaria publicidad, de tal forma que todos los acreedores y titulares de créditos marítimos puedan comparecer y formular las tercerías de mejor derecho que proceda¹⁵. Esta publicidad está estrechamente unida al efecto que se reconoce a la venta forzosa de buques para cancelar las cargas, gravámenes, privilegios y de la hipoteca naval.

24. El artículo 483 reconoce la facultad de los acreedores marítimos privilegiados para formular las correspondientes tercerías de mejor derecho tanto en el procedimiento que desemboca en la venta judicial del buque como en cualquier otro de ejecución de la hipoteca naval. Estas tercerías se tramitarán por las normas generales de los artículos 614 a 620 de la LEC.

25. Es el artículo 484, cuando regula los efectos de la venta forzosa, el que prescribe que la consecuencia de la venta forzosa del buque es la cancelación de todas las hipotecas y gravámenes inscritos, así como todos los privilegios y otras cargas de cualquier género que pudieran recaer sobre el buque.

¹² J. DEL CORTE LÓPEZ, “Especialidades procesales en la Ley de Navegación Marítima”, en *Comentarios a la Ley de Navegación Marítima*, Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 770.

¹³ E. HERNÁNDEZ PÉREZ, “La venta forzosa de buques y los avances en el proyecto de convenio sobre reconocimiento y efectos de la venta judicial de buques”, en *Revista de Derecho de Transporte*, n.º 28, 2021, pp. 302-303.

¹⁴ R.A. GONZÁLEZ-LEBRERO, *Curso de Derecho de la Navegación*, II edición, Letras de Autor, Madrid, 2018, p. 1158.

¹⁵ E. GARCÍA-SAÑUDO DÍEZ, “La venta forzosa de buques”, en *Comentarios a la Ley de Navegación Marítima*, AEDM-Dykinson, Madrid, 2015, p. 460.

No obstante, se exceptúan de este efecto las hipotecas y gravámenes inscritos en los que el comprador se hubiere subrogado con el consentimiento de los acreedores. Corresponderá al registrador responsable del Registro de Bienes Muebles en el que esté inscrito el buque llevar a cabo esta cancelación.

26. Los efectos de la venta forzosa de un buque deberían aclararse no solo respecto a las hipotecas y cargas, sino respecto a los contratos que puedan verse afectados. Esto explica que el Anteproyecto de ley de reforma del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, y de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima, pendiente de aprobación, contiene alguna previsión a este respecto. En concreto, se introduce un párrafo nuevo en el artículo 196 de la LNM, en el cual se declara la extinción del contrato de arrendamiento de buque en los casos de venta forzosa. Con ello se excluyen la subrogación en dicho contrato que se prevé en los supuestos de enajenación voluntaria del buque¹⁶.

27. El apartado 2 del mismo artículo 484 exceptúa de la aplicación al procedimiento de la venta forzosa determinadas previsiones de la LEC, que contiene la sección que regula las subastas de bienes inmuebles y de “bienes muebles sujetos a un régimen de publicidad registral” (artículo 655 de la LEC). En concreto, no se aplicarán los artículos 666, 668.3, 670 y 672 de la LEC en lo que se refiere a las previsiones que contengan “sobre avalúo y declaración de cargas y sobre cargas y gravámenes”, lo que implica:

- a) Que en el avalúo del buque para su venta no se deducirán “cargas y derechos anteriores al gravamen por el que se hubiera despachado ejecución” (artículo 666).
- b) Que las certificaciones registrales previstas en el artículo 668.3 de la LEC no serían aplicables, lo cual obedece a que el segundo párrafo del apartado anterior del mismo precepto prevé que:

“Además se señalará que las cargas, gravámenes y asientos anteriores al crédito del actor continuarán subsistentes y que, por el solo hecho de participar en la subasta, el licitador los admite y acepta quedar subrogado en la responsabilidad derivada de aquéllos si el remate se adjudicare a su favor”.

Esta previsión no resulta aplicable a la venta forzosa de un buque en la medida que es contraria a la regla de cancelación de la totalidad de las cargas y gravámenes.

- c) Que tampoco se aplica el artículo 670 de la LEC (referido a la aprobación del remate, el pago y la adjudicación de los bienes al acreedor), en que afecta a la regla de que el adjudicatario haya de “aceptar la subsistencia de las cargas y gravámenes anteriores, si los hubiere y subrogarse en la responsabilidad derivada de ellos”.
- d) Finalmente, que no se aplican las reglas destino de las sumas obtenidas en la subasta del artículo 672 de la LEC, que se ven sustituidas por las previsiones del artículo 486 de la LEC.

28. El artículo 485 de la LNM sigue la línea más innovadora en materia de realización forzosa de los bienes, y prevé que la enajenación del buque no queda limitada al procedimiento tradicional de subasta pública, sino que también podrá llevarse a cabo por persona especializada y conocedora del mercado, como se prevé en el artículo 641 de la LEC, al que se remite.

29. Especial relevancia tiene el artículo 486 en el que se establece, siguiendo la orientación de la normativa internacional, el destino que ha de darse a la suma obtenida en la subasta o venta directa del buque. Con ello, se determinan cuáles son los créditos prededucibles, esto es, aquellos gastos que se originan o emanan del propio proceso y no de un crédito anterior al mismo y que, por tanto, deben

¹⁶ N.A. ORELLANA CANO considera que, incluso sin esa reforma, una venta judicial de un buque, como fin de un proceso de embargo y ejecución, es difícilmente compatible con un arrendamiento sobre el buque. En tales casos, surge un derecho de crédito del arrendatario frente al propietario del buque, pero no de una pretensión del arrendatario de continuar con el contrato con el comprador del buque que lo haya adquirido con motivo de su venta judicial.

ser satisfechos con prioridad antes de proceder a ningún reparto entre los acreedores. Tales gastos se determinan de forma precisa conforme a lo prevenido en el CPMHN y se dispone, finalmente, que, concretado y satisfecho el montante de esa prededucción, la suma restante se repartirá entre los acreedores concurrentes con arreglo al orden de prelación establecido en el capítulo VII del título II de la LNM, en el que se regulan los derechos de garantía sobre el buque (artículos 122 a 144).

III. El marco internacional de los privilegios marítimos: el Convenio de Ginebra sobre Privilegios Marítimos y la Hipoteca Naval de 1993

30. Desde la codificación del siglo XIX cada país llevaba a cabo una regulación propia de los créditos privilegiados por su afectación al buque, a los que se otorgaba preferencia para la satisfacción de su deuda con cargo al propio barco que era objeto de alguna medida preventiva. Desde entonces y hasta hoy, con esta regulación se quiebra el tradicional principio de igualdad de trato a todos los acreedores (el principio *par conditio creditorum*) en beneficio de los titulares de un privilegio marítimo¹⁷.

31. En aquel momento, la ley aplicable para determinar esos privilegios se limitaba principalmente entre la ley del pabellón del buque o la ley del lugar donde se presentaba la reclamación (*lex fori*). En la medida que los créditos privilegiados presentaban una regulación distinta en cada jurisdicción, el demandante debía localizar el país cuya ley fuera más favorable para su reclamación en atención a la naturaleza de su crédito. La reclamación se debía presentar en el momento en el que el buque estuviera en aguas de soberanía del Estado con una legislación más favorable a su causa. En contrapartida, la aplicación de la ley del pabellón del buque llevaba a los armadores y propietarios a matricular el buque en el país que más favoreciera sus intereses.

32. A esta situación compleja se añadía la dificultad que se derivaba del reconocimiento y validez en una jurisdicción de los créditos marítimos privilegiados otorgados conforme a la ley aplicada en otra jurisdicción¹⁸, con los problemas procesales que se originaban y que se siguen produciendo con ocasión de la prueba del derecho extranjero ante los tribunales. Estas razones impulsaron la elaboración de diversos convenios que se ocuparon del régimen de los créditos marítimos y propiciaron así la uniformidad internacional de esta cuestión. Así sucedió con los de 1926 y 1967, cuyas adhesiones no lograron demasiado éxito.

33. De esta forma se llegó al ya citado CPMHN, del que España es Estado parte¹⁹, de tal forma que la LNM complementa sus normas, en las que se contiene la prelación de los privilegios marítimos en nuestro Derecho, tal como se prevé en los artículos 4 a 10 del convenio.

34. De acuerdo con este convenio, corresponde al Derecho procesal del Estado donde se presente demanda contra un buque por un crédito privilegiado regular las cuestiones relativas al procedimiento de ejecución. Sin embargo, a tenor de ese artículo 2 del convenio, el tribunal del Estado de ejecución deberá aplicar la ley de abanderamiento del buque para determinar las preferencias en el cobro de los acreedores.

35. El CPMHN determina la competencia de los tribunales del Estado donde el buque haya sido embargado (*forum arresti*). Esta previsión se hace de manera incidental, derivada de la primera condición que se exige para que la venta forzosa produzca efecto extintivo sobre los privilegios y cargas, consistente en que el buque se encuentre en el ámbito de la jurisdicción del Estado donde su enajenación

¹⁷ M.N. JIMÉNEZ LÓPEZ, “Cuestiones procesales de los privilegios marítimos”, en *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 4, 2021, p. 109.

¹⁸ J.M. ALCÁNTARA GONZÁLEZ, *Colección Convenios Internacionales de Derecho Marítimo. Visión Práctica. Volumen II. Los créditos marítimos: privilegios e hipotecas, embargo preventivo de buques, limitación de responsabilidad, arqueo y registro de buques*, IME, Madrid, 2019, p. 16.

¹⁹ Ver «BOE» núm. 99, de 23 de abril de 2004.

se efectúa (artículo 12.1.a). Por tanto, es necesario que el buque se localice físicamente en las aguas soberanía de ese Estado que procede a ejecutar la venta forzosa.

36. Este convenio exige una segunda (y última) condición para que la venta forzosa extinga los privilegios y cargas, de manera similar a las previsiones relativas al régimen de la venta forzosa en los artículos 480 a 486 de la LNM. En este caso se trata de que “la venta se haya efectuado de conformidad con la legislación de ese Estado” y con lo dispuesto en sus artículos 11 y 12 (artículo 12.1.b). Este requisito exige el respeto a las normas procesales del país donde el buque es objeto de la medida de traba.

37. El artículo 11 del CPMHN regula las notificaciones que deben efectuarse con ocasión de la venta forzosa. Estas notificaciones se dirigirán a la autoridad encargada del registro en el Estado de matrícula y a los distintos tipos de beneficiarios de “hipotecas, *mortgages* o gravámenes inscritos” (incluyendo tanto los constituidos al portador como aquellos no constituidos al portador). Las notificaciones se harán “por lo menos treinta días antes de la venta forzosa”.

38. En cuanto al contenido, la notificación indicará la fecha y lugar de la venta forzosa (si no puede determinarse con certeza, bastará una aproximación) y las circunstancias relativas a la misma. Se precisa que la notificación se “hará por escrito” y se practicará por correo certificado, por cualquier medio de comunicación electrónica o por otro medio idóneo que dé lugar a un acuse de recibo.

39. A lo anterior se suma la práctica de “edictos publicados en los periódicos del Estado en que se realice la venta forzosa y, si la autoridad que proceda a la venta forzosa lo estimare conveniente, en otras publicaciones”. Aunque las reformas de los últimos años en el Derecho español se adherían, con carácter general, al empleo de medios de comunicación electrónicos, el segundo párrafo del artículo 482 de la LNM previó que “en aquellos casos en que lo exijan los tratados aplicables, la notificación se practicará por anuncios publicados en dos periódicos de ámbito nacional, pudiendo, además, insertarse los edictos en otras publicaciones si la autoridad judicial o administrativa que proceda a la venta forzosa lo estima conveniente”.

40. El artículo 12 del CPMHN prescribe los efectos de la venta forzosa de un buque. Entre ellas, se incluye la garantía de las cosas y gastos del embargo preventivo que hubiera precedido a este procedimiento de enajenación. Igualmente, se dispone que la autoridad competente librará al comprador un certificado que acredite que se vende libre de cargas. La presentación del certificado al encargado del registro en el que estuviera inscrito el buque a la cancelación de todas esas hipotecas, *mortgages* o gravámenes inscritos.

41. De esta forma, el CPMHN contiene previsiones suficientemente completas para realizar la venta forzosa, con el complemento de las normas estatales que proceda. Sin embargo, se ha dado la paradoja de que, mientras el régimen internacional del embargo de buques ha suscitado una elevada uniformidad (a través de los Convenios de Bruselas de 1952 y de Ginebra de 1999), no ha sucedido lo mismo con el CPMHN, que no ha sido objeto de una ratificación generalizada. La consecuencia es que el régimen de la venta forzosa de buques carece hasta ahora de la deseada uniformidad y sigue constituido principalmente por las normas de derecho interno de cada Estado. Una situación insatisfactoria que está en el origen de los trabajos que dieron lugar a la aprobación del CVJB.

IV. La nueva Convención sobre los Efectos Internacionales de las Ventas Judiciales de Buques

42. La regulación de la venta forzosa de un buque sigue necesitando, por tanto, de una mayor uniformidad que asegure su reconocimiento internacional. Para conseguir este fin el CVJB pretende que estas operaciones tengan lugar en un marco de seguridad jurídica, en el cual la venta efectuada por los tribunales de un Estado, de acuerdo con sus propias normas internas, cumpla unos estándares que

permitan su conocimiento por los demás acreedores del buque, informados también de los efectos de la venta, y por las autoridades encargadas del registro de buques donde estuviera inscrito.

43. La observancia de los nuevos trámites del procedimiento debe conducir a una adjudicación del buque libre de riesgos de reclamaciones por créditos anteriores a la subasta.

44. Este nuevo escenario, diseñado por el CVJB, tendría un efecto adicional (y perseguido por los impulsores del nuevo convenio), que es el garantizar el mejor precio posible del buque y, por lo tanto, que un mayor número de acreedores puedan ver satisfechos sus créditos con el producto de la venta. Esta es la finalidad que subyace a la regulación del Convenio de Beijing.

45. Como ya se ha apuntado, normalmente, el proceso viene precedido de un embargo del buque en garantía o en ejecución de un derecho de crédito, de un privilegio marítimo o una hipoteca naval.

46. Precisamente, estos son los fundamentos y lo que el CVJB pretende garantizar, en el entendimiento de que si la venta proporciona al comprador la propiedad del buque libre de cargas se podrá obtener el mejor precio posible y la satisfacción de un mayor número de créditos de los acreedores. La consecuencia posterior es que, con la protección que el nuevo convenio proporciona al comprador, después de la venta forzosa el buque no podrá ser de nuevo embargado por créditos que no hubieran sido satisfechos.

47. El CVJB trata de hacer frente al problema del escaso grado de reconocimiento transfronterizo de las ventas forzosas de buques ante la insuficiencia de los convenios que hasta ahora regulan esta materia (como hemos apuntado, a causa de la limitada acogida del CPMHN). De esta forma, las leyes nacionales de los diferentes Estados varían en la forma en que regulan la venta judicial de los buques, y hay tribunales que se niegan a reconocer las ventas judiciales extranjeras. Esta situación es fuente de inseguridad jurídica y perjudica gravemente a los distintos actores del comercio marítimo.

48. El CVJB consagra los dos efectos que la mayoría de las jurisdicciones ya reconocen a la venta judicial de un buque, que es la transferencia de la propiedad del buque al nuevo comprador y la purga de todas las cargas e hipotecas que gravaran al buque, debido a que esos créditos se trasladan al producto de la venta²⁰. A partir de aquí se regulan los requisitos para que la venta judicial de un buque goce de reconocimiento internacional en los 23 artículos y dos anexos de los que consta el convenio. Además, en la página web de UNCITRAL, la publicación de convenio se acompaña de una nota explicativa, preparada con fines informativos por la secretaria de UNCITRAL²¹.

49. La comprensión del CVJB requiere analizar sus aspectos principales.

1. El fin, las definiciones y el ámbito de aplicación del CVJB

50. El artículo 1 del convenio declara su voluntad de regir “los efectos internacionales de las ventas judiciales de buques que confieran un título de propiedad limpio al comprador”. A pesar de esta afirmación, el objeto del CVJB comprende también determinados aspectos que los Estados parte del convenio deberán observar cuando alguno de sus tribunales lleve a cabo la venta judicial de un buque²².

²⁰ Si el producto de la venta del buque no fuera suficiente para pagar a todos los acreedores, estos tendrían una acción personal contra el propietario del buque, pero este queda libre de cargas.

²¹ Disponible en <https://uncitral.un.org/en/judicialsaleofships> (consultado el 6 de diciembre de 2023). Además, esa nota explicativa fue publicada en la revista *European Transport Law* VOL. LVIII n.º 2 – 2023, pp. 114-195.

²² Compartimos esta apreciación, a pesar de que el punto 24 de la nota explicativa de UNCITRAL limita el objeto del convenio a los efectos de una venta judicial de un buque. *Vid.* R. THOMAS, “The United Nations Convention on the International Effects of Judicial Sales of Ships: The Beijing Convention – a textual análisis”, en *Journal of International Maritime Law*, 28 (2022) 6, noviembre – diciembre 2022, p. 369.

51. El CVJB alude a los “efectos internacionales”, que no es un término técnico del Derecho internacional privado, pero que comprende las cuestiones propias al “reconocimiento y ejecución” de las ventas judiciales de buques²³.

52. Conviene precisar que la regulación del CVJB no comprende cualquier venta judicial de buques, sino solo aquellas practicadas en Estados cuya legislación reconoce al comprador una propiedad libre de cargas y la cancelación de las cargas y gravámenes que recayeran sobre el buque.

53. Los artículos 2 y 3 del CVJB, referidos a las definiciones y al ámbito de aplicación, respectivamente, permiten determinar el alcance del convenio.

54. La primera de las definiciones es la de venta judicial de un buque, que, dentro de un enfoque estricto, no se limita a aquella que “sea ordenada, aprobada o ratificada por un órgano judicial”, sino también aquellos casos en los que estas funciones se desarrollan por otra “autoridad pública” de un Estado parte. La venta puede tener lugar en subasta pública (*by auction*) o mediante acuerdo de las partes (*private treaty*) realizado bajo la supervisión y con la aprobación de un órgano judicial. Pero el aspecto fundamental de esta definición es que el producto de la venta “se ponga a disposición de los acreedores” De esta forma, el objetivo principal de la venta de un buque, ordenada bien por un tribunal o por otra autoridad pública, es garantizar los créditos de los acreedores existentes en relación con el buque²⁴. Cumplir esta finalidad permitirá rechazar las reclamaciones por derechos anteriores a la venta judicial, que no deberán admitirse proporcionando seguridad jurídica al comprador.

55. La siguiente definición relevante es la de buque y se centra en el hecho de que esté inscrito “en un registro de acceso público y que pueda ser objeto de un embargo preventivo o de cualquier otra medida similar que pueda dar lugar a una venta judicial de conformidad con la ley del Estado de la venta judicial”. Por tanto, dependerá de la legislación del Estado parte la amplitud de esta definición²⁵ y que comprenda o no los buques en construcción o los artefactos navales²⁶.

56. Como es habitual en los convenios de Derecho marítimo, el apartado 2 del artículo 3 del CVJB excluye los buques de guerra y sus buques auxiliares, así como los buques propiedad de un Estado o explotados por un Estado “que, inmediatamente antes del momento de la venta judicial, fueran utilizados exclusivamente para un servicio público no comercial”.

57. A continuación, el CVJB contiene las definiciones relativas al “título de propiedad limpio”, la “hipoteca o *mortgage*”, “carga”, “carga inscrita” y “privilegio marítimo”. Se trata de explicaciones amplias que tratan de conjugar las dos leyes que serán de aplicación en cada caso, que son la ley del Estado de la venta judicial, conforme a la cual se determinarán cuáles son esos privilegios marítimos, y la del Estado de registro del buque, en el cual constan inscritas las hipotecas y cargas que deberán tenerse en cuenta en el procedimiento de venta. Es, igualmente, este registro del buque el que permitirá determinar quién es el “propietario”²⁷.

²³ P. MYBURGH, “International recognition of judicial ship sales: English common law and the Beijing Convention”, *cit.*, p. 419.

²⁴ R. THOMAS, “The United Nations Convention on the International Effects of Judicial Sales of Ships: The Beijing Convention – a textual análisis”, *cit.*, p. 371.

²⁵ Y-F SHAO, L. CARBALLO PIÑEIRO y J.R. MÁXIMO Q. MEJIA, “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”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2023), Vol. 15, N.º 1, pp. 139 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/7536/5897>, consultado el 8 de diciembre de 2023).

²⁶ De acuerdo con la definición del artículo 58 de la LNM; los artefactos navales comprenden:

a) “toda construcción flotante con capacidad y estructura para albergar personas o cosas, cuyo destino no es la navegación, sino quedar situada en un punto fijo de las aguas”.

b) El “buque que haya perdido su condición de tal por haber quedado amarrado, varado o fondeado en un lugar fijo, y destinado, con carácter permanente, a actividades distintas de la navegación”.

²⁷ De tal forma que un propietario no inscrito en un registro de buques no estaría protegido por las disposiciones del CVJB. *Vid.* P. MYBURGH, “International recognition of judicial ship sales: English common law and the Beijing Convention”, *cit.*, p. 420.

58. Por otro lado, el CVJB define al “comprador” y al “comprador posterior”, aunque estas figuras no son tratadas en paralelo. Por una parte, el “comprador” es “la persona a quien se venda el buque en la venta judicial”. Por otra parte, el “comprador posterior” será “la persona que compre el buque a quien figure como comprador en el certificado de venta judicial” que se regula en el artículo 5 del convenio. Esta figura solo tiene sentido cuando el comprador no ha inscrito su propiedad en el registro del buque o lo ha dado de baja para inscribirlo en otro Estado. Una vez que se ha realizado dicho registro, la definición de “comprador posterior” no tiene aplicación²⁸.

59. Las dos condiciones que exige el artículo 3 del CVJB para su aplicación a una venta judicial de un buque son que se lleve a cabo en un Estado parte y que el buque se encuentre físicamente dentro de su territorio en el momento de esa venta. Este segundo aspecto es el que confiere competencia judicial internacional al tribunal que vaya a dirigir la venta judicial del buque, de la misma forma que sucede para la adopción del embargo preventivo, con independencia de a qué tribunal correspondería conocer sobre el fondo del asunto, con independencia de estas medidas²⁹. La ubicación del buque dentro del territorio del Estado parte en el momento en que se lleva a cabo la venta judicial es una condición para que un tribunal lleve a cabo válidamente la venta de un buque.

2. La realización de la venta judicial: las notificaciones y el certificado

60. El artículo 4 del CVJB dispone que la realización de la venta se llevará a cabo de conformidad con la ley del Estado en el que tiene lugar. De esta forma se reconoce la aplicación de la *lex fori* a la venta judicial, la cual se extiende a las impugnaciones y recursos frente a la venta. Asimismo, esta ley es la que determina el momento de la venta “a los efectos de la presente Convención”.

61. Con el fin de que la venta del buque obtenga reconocimiento internacional, su realización debe respetar unas garantías procesales que establece el propio CVJB cuando determina las notificaciones que deben llevarse a cabo y que son un elemento fundamental para la validez del procedimiento. En este sentido, el artículo 4.2 del CVJB prescribe que el tribunal solo podrá expedir el certificado de venta judicial (que regula posteriormente) cuando se han llevado a cabo las notificaciones que se regulan en ese mismo precepto (en sus apartados 3 a 7).

62. La notificación de la venta judicial del buque se efectuará:

- a) Al registro de buques en el que esté inscrito.
- b) A todos los beneficiarios de hipotecas o *mortgages* y de cargas siempre que en el registro en el que estén inscritas, de conformidad con la ley del Estado de bandera, sean de acceso público y sea posible obtener del registro extractos de la información registral y copias de esos instrumentos.
Debe tenerse en cuenta también, como prevé el apartado 7 del artículo 4 del CVJB, que es este registro de buques el que proporcionará la información referida a la identidad o dirección de las personas a quien debe efectuarse esta notificación.
- c) A todos los titulares de privilegios marítimos, a condición de que hayan notificado al órgano judicial u otra autoridad pública que lleve a cabo la venta judicial la existencia de su crédito, en este caso con arreglo a las normas y procedimientos del Estado de la venta judicial (*lex fori*).
- d) Al propietario del buque en el momento de la venta.
- e) Finalmente, siempre que estuviera inscrito en el registro correspondiente, al fletador a casco desnudo del buque (o arrendatario, de acuerdo con nuestra LNM), incluyendo al “registro de arrendamientos a casco desnudo”.

²⁸ R. THOMAS, “The United Nations Convention on the International Effects of Judicial Sales of Ships: The Beijing Convention – a textual análisis”, *cit.*, p. 379.

²⁹ B. MORA CAPITÁN, *El embargo preventivo de buques*, Bosch Editor, Barcelona, 2000, p. 358.

63. La práctica de esta notificación se sujeta también a la ley del Estado de la venta judicial, si bien deberá contener la información que se especifica en el anexo I, lo que comporta indicar, de manera expresa, que la notificación de la venta judicial se hace “a los efectos” que regula el CVJB. Este anexo enumera la información que como mínimo se incluirá en la notificación de la venta judicial, que se completará por lo que disponga la *lex fori*. En cambio, el CVJB no cierra las vías para la transmisión de las notificaciones al extranjero. En este sentido, su artículo 13 remite a la aplicación, entre los Estados partes, del Convenio sobre la Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales y Extrajudiciales en Materia Civil o Comercial.

64. Además de las notificaciones indicadas, el apartado 5 del artículo 4 añade dos formas de publicidad. La primera tendrá lugar por edictos en la prensa³⁰ o en otras publicaciones disponibles en el Estado de venta judicial³¹. La segunda, mediante la transmisión de las notificaciones al archivo que está a cargo del secretario general de la Organización Marítima Internacional (OMI), que regula el artículo 11 del CVJB.

65. La OMI ha desarrollado y gestiona la plataforma conocida como Sistema Mundial Integrado de Información Marítima o, por sus siglas en inglés, GISIS, a través de la cual se vuelca la información prevista en los distintos convenios adoptados por la OMI, parte de la cual es de acceso público.

66. De acuerdo con el artículo 11, el sistema GISIS pondrá a disposición del público la resolución transmitida “oportunamente, en la forma y en el idioma en que se hayan recibido”. No obstante, de acuerdo con el artículo 4.6, esta comunicación de la notificación de la venta judicial al sistema GISIS debe realizarse en alguno de sus idiomas de trabajo. Por esta razón, se exige que la notificación se acompañe de una traducción de la información del anexo I a alguno de esos idiomas si la comunicación original estuviera en otra lengua.

67. La publicidad a través de este repositorio constituye uno de los aspectos más destacado del nuevo convenio, en la medida que pueda proporcionar un sistema eficaz para la difusión internacional de las notificaciones de una venta judicial, de los certificados de esta venta y de la información conexa³². Sin duda, la publicidad del certificado a través del sistema GISIS conlleva un incremento de la seguridad jurídica de estos procedimientos en relación con actos jurídicos posteriores relativos al buque³³.

68. Esta regulación de las notificaciones y publicaciones en el procedimiento de venta judicial del buque pretenden garantizar que todos los acreedores marítimos puedan presentar sus reclamaciones durante su tramitación y su realización pondrá de manifiesto el respeto al principio del proceso debido.

69. Efectuada la venta judicial, en los términos previstos por la *lex fori* y por el CVJB, que confiera un “título de propiedad limpio” sobre el buque, el artículo 5 del convenio prevé que el órgano judicial u otra autoridad pública que haya llevado a cabo la venta judicial expedirá un certificado de venta judicial al comprador.

70. Este certificado de venta judicial “deberá ajustarse, en esencia, al modelo que figura en el anexo II”. El certificado incluirá, entre otros datos, la información relativa al Estado de la venta judicial,

³⁰ En este punto, el CVJB coincide con lo que dispone el artículo 11. 3 del CPMHN y el artículo 482.2 de la LNM admite esta forma de publicación, que hoy por hoy parece anticuada, aparte de costosa.

³¹ Esta exigencia no deja de ser ambigua, pero parece que sería válida cualquier publicación que sea accesible en ese Estado, lo cual podría producirse también en formato digital mediante Internet, plataformas digitales o sistemas de comunicación. *Vid.* R. THOMAS, “The United Nations Convention on the International Effects of Judicial Sales of Ships: The Beijing Convention – a textual análisis”, *cit.*, p. 378.

³² R. THOMAS, “The United Nations Convention on the International Effects of Judicial Sales of Ships: The Beijing Convention – a textual análisis”, *cit.*, p. 378.

³³ G. THEOCHARIDIS, “Some thoughts on the functionality of the Beijing Convention”, en *Journal of International Maritime Law*, 28 (2022) 6, noviembre – diciembre 2022, p. 405.

el tribunal o autoridad pública, al buque, a su propietario y al comprador. En especial, el certificado declarará que el buque ha sido vendido de conformidad con los requisitos exigidos por la ley del Estado de la venta judicial y los establecidos en el CVJB y que ha conferido al comprador un título de propiedad limpio sobre el buque. Se reconoce que el propio certificado es “prueba suficiente de los asuntos consignados en él”³⁴.

71. Este certificado se transmitirá también al repositorio del sistema GISIS “con prontitud”. Se aclara que tanto el certificado de venta judicial como cualquier traducción estarán exentos del requisito de legalización u otra formalidad similar.

72. Por lo demás, se admite que el certificado de venta judicial se expida en forma de documento electrónico, sin que por esta sola razón pueda rechazarse. Este formato electrónico debe incluir tres garantías, que consisten en que:

- a) La información consignada en documento electrónico sea accesible para su ulterior consulta.
- b) Se utilice un método fiable para identificar a la autoridad que expide el certificado.
- c) Que ese método permita detectar cualquier alteración posterior.

73. Cumplidos los trámites y requisitos anteriores, se producirán los efectos internacionales de la venta judicial que indica el artículo 6. Esta disposición señala que, expedido el certificado de venta judicial, los demás Estados parte reconocerán que se ha conferido “al comprador un título de propiedad limpio sobre el buque”. De esta forma no se admitirán que por deudas anteriores a la venta judicial los acreedores insatisfechos puedan perturbar la propiedad del comprador, de tal forma que no amenacen la purga de cargas y gravámenes que esa venta judicial supuso³⁵.

74. Las previsiones del CVJB examinadas conllevan el reconocimiento a favor del adquirente mediante la venta judicial de un “título de propiedad limpio” (que en rigor debiera traducirse como “libre de cargas”) sobre el buque. Este título se plasmará en un certificado que supondrá la concesión de efectos internacionales a la venta judicial.

75. La consecuencia de la realización de una venta judicial con arreglo a estas estipulaciones supondrá que la venta judicial llevada a cabo en un Estado Parte entrará dentro del ámbito de aplicación del Convenio y este desplegará esos efectos internacionales para los demás Estados Contratantes³⁶. Estos efectos son tanto el reconocimiento por los demás Estados de dicha venta del buque como la desestimación de las solicitudes de embargo de buque (u otra medida similar contra un buque) cuando se exhiba el certificado de venta judicial que expedirá la autoridad competente del Estado en el que se llevó a cabo esa enajenación.

76. Es el artículo 8 del CVJB el que prevé que la exhibición del certificado de venta judicial supondrá bien la desestimación de una solicitud de embargo de ese buque o bien su levantamiento, cuando, en ambos casos, la medida se hubiera solicitado en virtud de créditos nacidos antes de la venta judicial del buque. Según este precepto, si el certificado de venta judicial no ha sido expedido en un idioma oficial del tribunal u otra autoridad judicial, este podrá solicitar a la persona que exhiba el certificado que presente una traducción certificada a dicho idioma oficial.

77. Como ya hemos visto en la definición de venta judicial del artículo 2 del CVJB, el producto de esa venta se pondrá a disposición de los acreedores para su distribución. La prelación de los acree-

³⁴ Esta redacción implica que también ha de ser posible considerar otros documentos o pruebas.

³⁵ Se trata así de poner fin al acoso al que se somete a muchos buques tras la ejecución de su venta judicial. *Vid.* G. THEOCHARIDIS, “Some thoughts on the functionality of the Beijing Convention”, *cit.*, p. 398.

³⁶ J.P. RODRÍGUEZ DELGADO, “Algunas observaciones sobre el proyecto de convenio de UNCITRAL sobre la venta judicial de buques”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2021), Vol. 13, n.º 2, p. 476 (www.uc3m.es/cdt - DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6268>, consultado el 11 de diciembre de 2023).

dores se determinará de acuerdo con la legislación del Estado de matrícula, como dispone el artículo 2 del CPMHN.

78. Más adelante, en coherencia con esta regla de otro convenio y las distintas legislaciones nacionales, el artículo 15 del CVJB dispone que no se regula por este convenio el procedimiento de distribución del producto de una venta judicial ni el orden de prelación en esa distribución, que en la mayor parte de los países conlleva atender, en primer término, las costas del proceso y los gastos derivados de la retención del buque. Asimismo, el CVJB tampoco regula “los créditos personales que puedan existir contra una persona que haya sido propietaria del buque o haya tenido derechos reales sobre este antes de la venta judicial”. Como aclara la nota explicativa del CVJB, en su punto 230, estas previsiones del artículo 15 no consisten en exclusiones de su ámbito de aplicación, sino una remisión de su regulación al derecho interno de cada Estado.

3. La intervención del registro de buques

79. Dentro de los problemas a los que trata de dar solución el CVJB destacan los que se encuentra el comprador del buque cuando trata de inscribir su propiedad o cambiar el registro del buque. A tal fin, se pretende facilitar que el comprador del buque, mediante la exhibición del certificado de venta judicial, logre que el registrador o autoridad competente del Estado parte donde aquel se encuentre inscrito cancele las cargas y gravámenes, inscriba el buque a nombre del nuevo titular, actualice la información o entregue un certificado de baja o cancelación de la inscripción.

80. A este propósito responde el artículo 7, que lleva la rúbrica de “Actuación del registro”, la cual se producirá siempre “A solicitud del comprador o comprador posterior, y cuando se le exhiba el certificado de venta judicial”.

81. Este precepto dispone que el registrador o encargado del registro de buques llevará cabo las siguientes actuaciones:

- a) Cancelará la inscripción de todas las hipotecas o *mortgages* y cargas inscritas que graven el buque y que se hubieran inscrito antes de finalizada la venta judicial.
- b) Cancelará la inscripción del buque del registro y expedir un certificado de cancelación de la inscripción a los efectos de la nueva inscripción.
- c) Inscribirá el buque a nombre del comprador o comprador posterior, a condición de que el buque y la persona a cuyo nombre se haya de inscribir el buque reúnan los requisitos exigidos por la ley del Estado de matrícula.
- d) Actualizará la información inscrita en el registro, añadiendo cualquier otro dato pertinente que conste en el certificado de venta judicial.

82. En la medida que la venta forzosa del buque implicará la extinción del contrato de arrendamiento de buque, se deberá cancelar, en su caso, la inscripción de estos arrendamientos a casco desnudo en el registro correspondiente, expidiéndose el correspondiente certificado de cancelación de la inscripción.

83. El registro o autoridad competente podrán solicitar, por un lado, una traducción certificada su idioma oficial, si hubiera sido expedido en otra lengua; y, por otro lado, que presente una copia autenticada del certificado de venta judicial para incorporarla a sus archivos.

4. La suspensión y la anulación de la venta judicial

84. Como hemos apuntado, la competencia para la venta forzosa corresponde al tribunal en cuya jurisdicción se encuentre el buque. Esa competencia se extiende, de manera exclusiva, para conocer de

cualquier “demanda o solicitud de anulación de una venta judicial de un buque realizada en dicho Estado o de suspensión de sus efectos, y dicha competencia se hará extensiva a toda demanda o solicitud de impugnación de la expedición del certificado de venta judicial”. Así lo prevé el artículo 9 del CVJB.

85. La contrapartida de esta regla es la obligación de los órganos judiciales de los demás Estados parte de declararse incompetentes para conocer de toda demanda o solicitud de anulación de una venta judicial de un buque realizada en otro Estado parte o de suspensión de sus efectos.

86. El apartado 3 del artículo 9 del convenio establece como una tarea que incumbe al Estado de la venta judicial la publicación “con prontitud” en el repositorio del sistema GISIS de la OMI de la anulación o suspensión de los efectos de una venta judicial respecto de la cual se hubiera expedido un certificado.

87. De esta forma, el CVJB no trata de la competencia original para conocer de las distintas categorías de litigios que dan lugar a la venta judicial de un buque (por ejemplo, el proceso de ejecución de un privilegio marítimo o una hipoteca naval), sino que parte de que un tribunal ya ha ejercido su competencia en un proceso sobre la venta judicial y ha procedido a ordenar o realizar la venta judicial. Lo que sí hace el CVJB es tratar de la competencia en segunda instancia, es decir, la referida al conocimiento de las impugnaciones de las ventas judiciales.

5. La venta judicial manifiestamente contraria al orden público

88. El CVJB incorpora también supuestos en los cuales no se reconocerán los efectos de la venta judicial, en la medida que se considere que resulta manifiestamente contraria al orden público de un Estado distinto al de la venta del buque. Esta declaración de infracción del orden público debe efectuarse, en todo caso por un tribunal y se prevé por el convenio en tres casos:

- El primero para rechazar que el registro de buques modifique cualquier inscripción como consecuencia de la venta judicial, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7.5. Un supuesto en el cual la intervención del juez se produciría a instancias bien del registrador o bien de los acreedores.
- El segundo comprende los casos en los que se adopta el embargo preventivo de un buque o se mantiene la medida a pesar de la presentación del correspondiente certificado de venta judicial, como prevé el artículo 8.4.
- El tercer supuesto se refiere al no reconocimiento de los efectos internacionales de la venta judicial consecuencia de que el órgano judicial del Estado parte distinto al de la venta la considera manifiestamente contraria a su orden público, de forma que esa decisión adoptada de conformidad con el artículo 10 impide que se produzcan los efectos que proclama el artículo 6 del CVJB.

89. El concepto de «orden público» no está definido en el CVJB, pero la calificación de que deba ser «manifiestamente contrario» es una indicación de que esas previsiones deben aplicarse con cautela y moderación³⁷. El orden público aparece como una cláusula abierta, un último recurso que impediría el reconocimiento de una resolución extranjera. Procedería, en consecuencia, una aplicación restrictiva del concepto de orden público. Como supuestos de posible aplicación de la noción de orden público se han señalado los siguientes³⁸:

³⁷ R. THOMAS, “The United Nations Convention on the International Effects of Judicial Sales of Ships: The Beijing Convention – a textual analysis”, *cit.*, p. 377.

En el mismo sentido, se destaca que, como excepción al normal funcionamiento de las normas de conflicto, el orden público debe aplicarse de modo restrictivo. *Vid.* A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, volumen I, decimosexta edición, Comares, Madrid, 2016, p. 603.

³⁸ G. THEOCHARIDIS, “Some thoughts on the functionality of the Beijing Convention”, *cit.*, p. 407.

- Que la solicitud de registro según el certificado se refiera a un derecho que difiere del derecho inscrito en el registro.
- El caso extremo de un procedimiento de ejecución sin respetar las formalidades previas a la ejecución relativas a la publicidad o las notificaciones.
- La utilización de documentos falsificados.
- La emisión del título ejecutivo contra el fletador de tiempo o el armador (no propietario del buque) y que la ejecución se impusiera contra el buque.

90. En cualquier caso, la eficacia de la apreciación de que la venta es contraria al orden público varía de unos a otros supuestos previstos en el CVJB. En general, el alcance de la declaración de un tribunal se limitará a su decisión en relación con una actuación concreta en su Estado³⁹, con la excepción de que se trate de un órgano judicial del Estado de registro del buque, en cuyo caso dejaría al comprador sin título y sin posibilidad de ejercer su derecho sobre un buque que no puede inscribir a su favor⁴⁰.

6. La relación del CVJB con otros convenios y con las normas de la Unión Europea

91. El artículo 14 del CVJB admite la posibilidad de que un Estado parte atribuya efectos a la venta judicial de un buque realizada en otro Estado “de conformidad con cualquier otro acuerdo internacional o con arreglo a la ley aplicable”. Como aclara el punto 227 de la nota explicativa del CVJB, con esta previsión se evitarían problemas a la hora de que un Estado parte reconociera la venta judicial de un buque realizado en un Estado no parte o cuando se trate de ventas que queden fuera del ámbito de aplicación del convenio⁴¹.

92. Por su parte, el artículo 18 se dedica a regular la “Participación de organizaciones regionales de integración económica”, cuya firma, ratificación o adhesión al convenio se admite en que “tenga competencia en determinadas materias que se rigen por la presente Convención”. El último de los apartados de este precepto prevé que el CVJB “no afectará a la aplicación de las normas de una organización regional de integración económica, independiente de que se hayan adoptado antes o después de la presente Convención:

- a) en relación con la transmisión de una notificación de venta judicial entre los Estados miembros de esa organización, o
- b) en relación con las normas jurisdiccionales aplicables entre los Estados miembros de esa organización”.

93. En el caso del marco jurídico de la Unión Europea⁴², la CVJB regula aspectos que recaen dentro de la competencia europea⁴³, que se aplicarán cuando se trate de relaciones entre los Estados

³⁹ Por ejemplo, no permitir el levantamiento del embargo del buque a pesar de la presentación del certificado solo tendría ese efecto limitado; esto no impediría el levantamiento del embargo por otras razones, como sería la constitución de la garantía exigida por el juez.

⁴⁰ G. THEOCHARIDIS, “Some thoughts on the functionality of the Beijing Convention”, *cit.*, p. 408.

⁴¹ Podría ser el caso de ventas judiciales en las que el comprador se subroga en alguno de los créditos que recayeran sobre el buque y no se obtuviera, por tanto, un título limpio de propiedad (supuesto que regula la LNM y que no cae dentro del ámbito del CVJB).

⁴² Que se contiene en el título V del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, con mención especial, por su relación con el CVJB, del artículo 81.

⁴³ Como serían las materias reguladas en:

a) El Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

b) El Reglamento (UE) 2020/1784 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativo a la notificación y traslado de documentos en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil («notificación y traslado de documentos»).

De esta forma, el CVJB no supone un problema para la aplicación del Derecho de la Unión Europea en relación con las reglas de reconocimiento de resoluciones judiciales y las notificaciones entre los Estados miembros.

miembros, y otras dentro de la competencia de los países europeos. Dentro de este grupo de cuestiones de la competencia exclusiva de cada Estado, destacan el régimen de anulación y suspensión de la venta judicial o la impugnación de la expedición del certificado de la venta judicial del buque.

V. Conclusiones

94. Después de este recorrido por lo que será el nuevo marco normativo de la venta judicial de buques, podemos afirmar que el CVJB constituye un paso adelante en esta materia, aunque, previsiblemente, no definitivo. Su entrada en vigor aportará una mayor seguridad jurídica en dos aspectos fundamentales, como son la transferencia de la propiedad del buque al nuevo comprador y la purga de todas las cargas e hipotecas que gravaran al buque, y el reconocimiento internacional de los efectos de la venta judicial del buque.

95. Además, el nuevo convenio se adopta en un escenario en el que las nuevas tecnologías proporcionan una mayor facilidad para conocer tanto la situación de un buque como los posibles procedimientos a los que pueda verse sometido. Todo ello incide en la buena dirección para que los procedimientos de venta judicial de buques sean percibidos como justos para todas las partes afectadas⁴⁴. Ese reconocimiento internacional de las ventas judiciales depende en buena medida de que se alcance “un justo equilibrio entre los derechos de los acreedores existentes y los derechos del comprador en la venta judicial”⁴⁵, a los que quizás hubiera que añadir los propietarios que son objeto de los embargos y las posteriores ejecuciones.

96. Es cierto que, a pesar de estos avances, no será tan fácil cambiar la posición del pequeño número de jurisdicciones (entre las que se cita Turquía, Grecia o Panamá) que se niegan sistemáticamente a reconocer las ventas judiciales extranjeras cuando afectan a buques con pabellón de esos países⁴⁶.

97. La entrada en vigor CVJB se regula con gran flexibilidad y sentido práctico en su artículo 21, que prevé su aplicación simplemente cuando cuente con tres Estados parte y hayan transcurrido “180 días después de la fecha de depósito del tercer instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión”. De esta forma, la CVJB será de aplicación entre esos Estados parte en un plazo breve y previsiblemente a finales del año 2024 ya se hayan cumplido esos requisitos de entrada en vigor y, de manera progresiva, se amplíe ese número de Estados parte.

98. El carácter limitado del CVJB obligará también a introducir algunos ajustes dentro de los distintos Derechos nacionales para resolver diferentes dudas en su aplicación. En el caso español, el convenio y la regulación de la LNM presentan un alto grado de compatibilidad. No obstante, sí sería conveniente que nuestra ley incorpore cuestiones como la propia aplicación del CVJB, la notificación al arrendatario del buque de la venta judicial o la expedición del certificado⁴⁷. Cada Estado deberá examinar los problemas procesales que puedan plantearse en los procedimientos de venta judicial para abordar las reformas oportunas. En la práctica, los titulares de un crédito privilegiado elegirán con mayor probabilidad presentar estas reclamaciones un país con normas procesales ágiles.

99. R. MATILLA ALEGRE ya explicó como la unificación normativa de la mano de los convenios internacionales no es completa, sino que puede considerarse una armonización restringida a determina-

⁴⁴ A. BASU BAL, “Ontological turn in judicial sales of ships”, en *Journal of International Maritime Law*, 28 (2022) 6, noviembre – diciembre 2022, p. 434.

⁴⁵ J.P. RODRÍGUEZ DELGADO, “Algunas observaciones sobre el proyecto de convenio de UNCITRAL sobre la venta judicial de buques”, *cit.* 497.

⁴⁶ P. MYBURGH, “International recognition of judicial ship sales: English common law and the Beijing Convention”, *cit.*, p. 423.

⁴⁷ Sobre estas cuestiones versó la intervención de N.A. ORELLANA CANO, en el taller de Madrid sobre el CVJB organizado por la Comisión Europea y el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, celebrado el 24 de octubre de 2023.

dos sectores y, desde el punto de vista subjetivo, a los Estados que ratifican los convenios internacionales⁴⁸. El apoyo de importantes actores del transporte marítimo internacional al CVJB permite vaticinar que en estos próximos años, un número relevante de Estados ratificará el convenio, lográndose con ello un avance en esa unificación del Derecho marítimo procesal y, dentro de este, del consenso sobre las leyes aplicables a las situaciones que concurren en las ventas forzosas de buques.

⁴⁸ R. MATILLA ALEGRE, *Internacionalidad del Derecho marítimo y jurisdicción internacional*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1999, pp. 51-54.

Derecho de la competencia de la UE y mercado interior de la energía

EU competition law and internal energy market

EMILIANO GARCÍA COSO*
Profesor Asociado Doctor
Universidad Pontificia Comillas
ORCID ID: 0000-0002-1853-4145

Recibido: 06.11.2023 / Aceptado: 04.12.2023

DOI: 10.20318/cdt.2024.8422

Resumen: Este artículo se centra en la aplicación de las normas de competencia de la UE como un instrumento complementario e imprescindible del marco regulatorio de la energía con el objetivo de garantizar y lograr el mercado interior de la energía. Las peculiaridades del mercado de la energía requieren ser exploradas desde su consideración como manifestaciones que pueden alterar los objetivos del Derecho de la competencia y, por ende, deben ser sometidas a la aplicación de su normativa, atendiendo a la casuística recaída en el mercado de la energía a la luz de las decisiones de la Comisión y del TJUE. Las características y los actores en el mercado interior de la energía revelan áreas de actuación que pueden encuadrarse dentro de los acuerdos y prácticas restrictivas de la competencia, de comportamientos que suponen un abuso de posición dominante en el mercado de la energía, con sistemas de ayudas públicas incompatibles con su régimen legal y con la realización de operaciones que pueden vulnerar el Reglamento de concentraciones.

Palabras clave: Mercado interior de la Energía, Competencia, acuerdos restrictivos, abuso posición dominante, ayudas de Estado, concentración de empresas, electricidad y gas.

Abstract: This article focuses on the application of EU competition rules as a complementary and essential instrument of the energy regulatory framework with the aim of guaranteeing and achieving the internal energy market. The peculiarities of the energy market need to be explored from their consideration as manifestations that can alter the objectives of Competition Law and, therefore, must be subject to the application of its regulations, considering the decisions of the Commission and the CJEU jurisprudence. The characteristics and actors in the internal energy market reveal areas of action that can be considered as agreements and practices that restrict competition, behaviors that represent an abuse of a dominant position in the energy market, with state aid systems incompatible with its legal regime and with the carrying out of operations that may violate the Merger Regulation.

Keywords: Internal Energy Market, Competition, restrictive agreements, abuse of a dominant position, state aid, merger, electricity and gas.

Sumario: I. Introducción. II. Definición y objetivos del Derecho de la competencia de la UE en el mercado interior de la energía. III. Los acuerdos y prácticas restrictivas de la competencia en el mercado interior de la energía. IV. El abuso de posición dominante y mercado interior de la energía. V. Las ayudas de Estado y el mercado interior de la energía. VI. El control de concentraciones empresariales y el mercado interior de la energía. VII. Consideraciones finales.

* Profesor de Derecho Internacional y Derecho de la UE Universidad Pontificia Comillas-ICADE. Investigador Honorario del Center for International and Regional Studies and Institute for Latin American Studies at Anhui University (Hefei, China). Abogado Of Counsel, de Estudio Jurídico Internacional López-Ibor Mayor&Asociados S.L.

I. Introducción

1. El mercado de la energía eléctrica y de gas se caracterizaba por una estructura monopolística u oligopolista controlada por los Estados miembros a través de empresas públicas o controladas por los Estados. Su naturaleza de mercado basado en infraestructuras de redes o “*network industries*”¹, produciendo o suministrando bienes y servicios de carácter estratégico y de interés general, propiciaba la existencia de mercados puramente nacionales. Esta configuración contrastaba con el objetivo de la UE de crear y desarrollar un mercado interior y obstaculizaba incluir en el mismo a la energía, así como garantizar la existencia de un nivel razonable de libre competencia entre las empresas participantes.

2. La Unión Europea, consciente de esta anómala estructura del mercado, inició en la década de los 90 un proceso de liberalización paulatina, mediante un marco legal armonizador -insuficiente e inconcluso-², seguido de un proceso de privatización controlada. En este proceso, predominaba las participaciones de control estatal mediante acciones privilegiadas “*Golden shares*” en las empresas energéticas nacionales. Estas son declaradas en 2002 y 2003 contrarias a la libre circulación de capitales³ y/o a la libertad de establecimiento.

3. A pesar del intento de profundizar los avances para lograr el mercado interior de la energía con la aplicación de las libertades comunitarias, en paralelo a la liberalización y privatización acometido, el resultado era la existencia de una escasa competencia que perjudicaba su funcionamiento y, por extensión, a los consumidores europeos. En este sentido, la propia Comisión Europea destacó en 2006⁴ y 2007⁵ que la situación del mercado interior de la energía presentaba limitaciones regulatorias y la persistencia de ciertas prácticas restrictivas que debían ser objetivo prioritario de la aplicación de las normas

¹ J. PELKMANS, “Making EU network markets competitive”, *Oxford Review of Economic Policy*, Vol. 17, nº3, p.432–456. R. CAWLEY, “The new European Union approach to sector regulation in network industries”, *Network Industries Quarterly*, Vol.10, nº1, 2008, p.23-25.

² Directiva 96/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de diciembre de 1996 sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, DO L 27 de 30.1.1997, p. 1, la Directiva 98/30/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de junio de 1998 sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural, DO L 204 de 21.7.1998, p. 1; y posteriormente mediante la Directiva 2003/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 96/92/CE, DO L 176 de 15.7.2003, p. 37-56, la Directiva 2003/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 98/30/CE, DO L 176 de 15.7.2003, p. 57-78, el Reglamento (CE) nº1228/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, relativo a las condiciones de acceso a la red para el comercio transfronterizo de electricidad DO L 176 de 15.7.2003, p. 1-10, el Reglamento (CE) nº1775/2005 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de septiembre de 2005, sobre las condiciones de acceso a las redes de transporte de gas natural DO L 289 de 3.11.2005, p. 1. Directiva 2009/72/CE relativa a las normas comunes para el Mercado Único de la electricidad, DO L 211, p. 55. Directiva 2009/73/CE relativa a las normas comunes para el Mercado Único del gas natural DO L 211, p. 94. Reglamento (CE) nº714/2009 sobre las condiciones de acceso a la red para -intercambios fronterizos de electricidad DO L211. p.15, el Reglamento (CE) nº715/2009 sobre las condiciones de acceso a las redes de transporte de gas natural DO L211. p.36, y el Reglamento (CE) nº713/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por el que se crea una Agencia para la Cooperación de los Reguladores de Energía DO L211. p.1.

³ En la cuarta fase del proceso de privatización de EDP se condena a Portugal en la Sentencia del TJUE 11 noviembre 2010, Asunto C-548/0) Comisión contra Portugal, ECLI:EU:C:2010:669, (apt.85-87) rechazando la excepción de seguridad de abastecimiento de energía, contemplados en otros casos, siguiendo las pautas establecidas previamente en la Sentencia del TJUE de 4 de junio de 2002, *Comisión/Portugal*, ECLI:EU:C:2002:326, (C-367/98, *Rec*, p. 1-4731); Sentencia del TJUE de 4 de junio de 2002, *Comisión/Francia*, (C-483/ 99, *Rec*, p. 1-4781, ECLI:EU:C:2002:327) y Sentencia del TJUE de 13 de mayo de 2003, *Comisión/España*, (C-463/00) ECLI:EU:C:2003:272, entre otras.

⁴ COM/2006/0841 final, Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo - Perspectivas del mercado interior del gas y la electricidad {SEC(2006) 1709} {SEC(2007) 12} <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A52006DC0841> COM(2006) 851 final, Investigación de conformidad con el artículo 17 del Reglamento (CE) nº 1/2003 en los sectores europeos del gas y la electricidad (Informe final) {SEC(2006) 1724}, 10.1.2007, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A52006DC0851> (última consulta 10.1.2023).

⁵ DG Competition Report on Energy Sector Inquiry, June 2005 and 10 January 2007, en https://ec.europa.eu/competition/sectors/energy/2005_inquiry/full_report_part1.pdf, http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/sector_inquiries/energy/ (última consulta 10.1.2023).

de competencia para tratar de solventar la existencia de importantes obstáculos que se mantenían en el mercado interior pese a los intentos de armonización liberalizadora emprendidos.

4. En relación con la situación derivada del marco armonizador inicial se detectaron deficiencias que impedían la consolidación de un mercado interior de la energía. Estas fueron abordadas en el marco regulador aprobado a partir de 2009 y sus modificaciones posteriores en 2019.⁶ La Comisión señaló, como elementos a reformular en el nuevo paquete normativo de energía y sus modificaciones, la necesidad de solventar la *“existencia de precios regulados que impiden la entrada en el mercado de nuevas empresas; la separación insuficiente de los operadores de los sistemas de transporte y distribución, que no puede garantizar su independencia; el acceso discriminatorio de terceros a la red, especialmente en lo que se refiere al acceso preferencial concedido a las empresas ya implantadas por sus contratos históricos a largo plazo.”*

5. A estas deficiencias que inciden en la estructura del mercado se suma la ausencia de un sistema de cooperación y coordinación entre las autoridades nacionales responsables con las de la UE. Entre las principales carencias se destacan: *“las competencias insuficientes de los reguladores; la falta de información a la Comisión sobre las obligaciones de servicio público, especialmente en lo que se refiere a las tarifas de abastecimiento reguladas; Insuficiente indicación del origen de la electricidad, lo cual es esencial, especialmente para la promoción de la energía renovable...; las grandes compañías o las integradas verticalmente gozan de una considerable ventaja en cuanto a la información que pueden utilizar para formular sus estrategias comerciales...; en algunos casos, subsiste la confusión dentro de los grupos integrados verticalmente respecto a la responsabilidad de las funciones básicas de los Gestores de Redes de Transporte (GRT), por ejemplo, los servicios de despacho y equilibrio de la carga; A menudo los GRT, especialmente cuando están verticalmente integrados, no crean condiciones que lleven a mercados competitivos líquidos, por ejemplo, mantienen zonas de equilibrio separadas locales en vez de facilitar la integración a nivel nacional y transfronterizo...; Los GRT parece que han sido lentos en actuar para aumentar la capacidad transfronteriza bien mediante inversiones bien por otros medios, lo cual, muchas veces, se debe a que el marco regulador no crea incentivos adecuados...; tienden a orientarse excesivamente por las preocupaciones nacionales a corto plazo en vez de intentar desarrollar de manera proactiva mercados integrados, por ejemplo, la congestión se ha desplazado en algunos países a las fronteras nacionales y la capacidad transfronteriza es la primera que se ve limitada...; algunos reguladores están condicionados en sus relaciones con el sector y les faltan las facultades y poderes adecuados...; se ha puesto a los reguladores en una situación en la que sus decisiones van claramente contra el objetivo de crear un mercado único interior del gas y la electricidad, generalmente debido a la influencia directa o indirecta de los gobiernos nacionales...; Los mercados nacionales concentrados han tendido a fomentar que los reguladores establezcan una reglamentación intervencionista en los mercados mayoristas..., los mecanismos de capacidad quedan completamente descoordinados, dando lugar así a posibles distorsiones...”*

6. Desde el ángulo de la estructura y prácticas restrictivas en el mercado, la Comisión señaló que el mercado interior de la energía en 2007 se caracterizaba desde el ángulo de la competencia por la existencia de un conjunto de características que dificultaban u obstaculizaban la creación y consolidación de un mercado interior de la energía en toda su extensión.

7. En primer lugar, unos mercados nacionales mayoristas concentrados con altas barreras a la entrada que permitían desplegar un poder de mercado de base nacional. En segundo lugar, una desagrega-

⁶ Directiva 2019/944 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2019, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se modifica la Directiva 2012/27 y que deroga con efectos del 1 enero de 2021 la Directiva 2009/72, *DO L 158, 14.6.2019, p. 125–199*. Reglamento 2019/943 de 5 junio de 2019 relativo al mercado interior de la electricidad de aplicación directa desde el 1 enero de 2020, *DO L 158, 14.6.2019, p. 54–124*, Directiva 2019/692 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, por la que se modifica la Directiva 2009/73/CE sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural, *DO L 117, 3.5.2019, p. 1–7*. U. SCHOLZ, T. VOHWINKEL, “The application of the EU Competition Law in the Energy Sector”, *Journal of European Competition Law & Practice*, vol.8, n°3 2017, pp.190-204.

gación entre red y suministro generadora de exclusiones verticales que actúan como freno a la entrada de competidores por los costes y desincentiva las inversiones. En tercer lugar, una integración transfronteriza escasa y poco incentivada que aminora el interés competitivo transfronterizo. En cuarto lugar, un nivel de transparencia de precios escasa que genera incertidumbres y que impide que los consumidores puedan conocer las ventajas entre operadores. En quinto lugar, en los denominados mercados aguas abajo o de minoristas existe un nivel de competencia bajo dificultado por la tipología de contratos a largo plazo. En sexto lugar, los operadores tradicionales dominan los mercados de equilibrio y dificultan el acceso por los altos costes que deberían asumir los operadores interesados en entrar. Finalmente, los mercados de Gas Natural Licuado (GNL) y su estructura favorable para los proveedores ascendentes actúan como freno.

8. A partir de esta contextualización retrospectiva de la problemática regulatoria y de competencia, se hace preciso abordar la aplicación de las normas de competencia de la UE como un instrumento complementario e imprescindible, para garantizar y lograr el mercado interior de la energía⁷. En este artículo, se analiza la naturaleza, contenido y casuística de la aplicación de las normas de la competencia de la UE al mercado de la energía. Para ello, el punto de partida será establecer el concepto y objetivos del Derecho de la competencia, la aplicación de su normativa específica en los cuatro niveles de intervención que lo caracterizan, con especial énfasis, en la casuística en el mercado de la energía a la luz de las decisiones de la Comisión y del TJUE sobre los acuerdos y prácticas restrictivas de la competencia, el abuso de posición dominante en el mercado de la energía, la atenuación del régimen de ayudas públicas y la aplicación del reglamento de concentraciones.

II. Definición y objetivos del Derecho de la competencia de la UE en el mercado interior de la energía

9. Los mercados de productos o servicios en los que operan las empresas energéticas se caracterizan por una determinada estructura y por unas condiciones económicas que deben propiciar un crecimiento ordenado con múltiples empresas para que el consumidor tenga diferentes opciones de elección. Para garantizar que la estructura del mercado y las condiciones económicas no sean alteradas de manera fraudulenta, la UE y sus Estados miembros disponen de las normas que configuran el Derecho de la competencia aplicable de manera homogénea en todo el mercado interior y, especialmente, en el de la energía. Frente a otros mercados de productos o servicios, el de la energía, como se comentó, presenta unas peculiaridades derivadas de su condición de industria con infraestructuras en red o “*Network industries*”.

10. El mercado energético, en su estadio primario, predominaba la existencia de estructuras monopolísticas nacionales cuya transformación en *pro* de un mercado interior ha implicado un proceso europeo para regular, liberalizar y privatizar con el objetivo de introducir una libre competencia que favorezca la consecución del mercado interior de la energía y que los beneficios o “*efficiencies*”⁸ se trasladen a los consumidores europeos.

11. El objetivo de estas reglas en un mercado más abierto de la energía es salvaguardar que las empresas de productos o servicios compitan en condiciones homogéneas y de forma independiente. Sólo así se podrá trasladar los beneficios de la competencia a los consumidores europeos manifestados en una mejor calidad de los servicios, un precio más favorable, una tecnología más avanzada generadora de economías escalas. Para su consecución, es imprescindible que las empresas compitan lealmente y no falseen la competencia, aminorando el grado de competencia deseable que debe existir en el mercado de la energía dentro de la UE.

⁷ K. TALUS, “Applying EU Competition Law to the Energy Markets”, *Introduction to EU Energy Law*, Oxford University Press, 2016, pp.57-86.

⁸ V. KORAH, “EEC Competition policy- legal form or Economic Efficiency” *Current Legal Problems*, vol.39, issue 1, 1986, pp.85-109.

12. El fundamento del Derecho de la competencia de la UE es garantizar que en el mercado interior de la energía exista una competencia transfronteriza real y efectiva. Para lograrlo, se prohíbe, persigue y sanciona todos aquellos comportamientos empresariales que puedan alterar o falsear la competencia en el mercado. La garantía de una competencia real requiere transformar las estructuras del mercado de la energía evitando que se obstaculice, trabe o impida que la competencia se despliegue con todos sus efectos positivos.

13. Es importante señalar, sin menoscabo de su tratamiento particularizado, que la actuación, al albur de las normas de competencia de la UE⁹, se desdobra en varios niveles que se complementan y crean un conjunto dispositivo preventivo y reactivo. En primer lugar, prohíbe que en la estrategia de las empresas energéticas puedan darse acuerdos u otras prácticas restrictivas -artículo 101 del TFUE- tendientes a crear cárteles perjudiciales o repartos de mercados que limiten la disponibilidad de productos o incrementen los precios, entre otros efectos negativos para una competencia efectiva. En segundo lugar, habida cuenta de las estructuras predominantemente nacionales y cerradas que caracterizaban el mercado de la energía en los Estados miembros, se garantiza que las empresas dominantes no abusen de su poder de mercado -artículo 102 del TFUE- para excluir a competidores, mantener las barreras a la entrada, repartirse mercados o mantener cautivos a clientes sin importar el precio u otras ventajas derivadas de la competencia. Ambas disposiciones son objeto de aplicación atendiendo a lo dispuesto en el Reglamento 1/2003¹⁰, cuyo base legal es el artículo 103 del TFUE. En tercer lugar, se aborda el control de las ayudas estatales -artículos 107 a 109 de TFUE- para que sólo se produzcan en los casos preestablecidos por el ordenamiento jurídico comunitario o ante circunstancias coyunturales como las actuales, derivadas de la dependencia energética de Rusia, sin desplazar, por ello, la inversión privada o generar peligrosas subvenciones anticompetitivas que socaven el mercado único. Por último, sin una base legal específica en el Derecho originario, se actúa en el control de las concentraciones empresariales -Reglamento 139/2004- que permite a las empresas entrar en otros mercados o aumentar su dimensión adquiriendo otras empresas, incluidos competidores, proveedores o clientes intermedios. Sin menoscabo, al mismo tiempo, que en el mercado de referencia sigan operando suficientes empresas que puedan ofrecer alternativas competitivas en precio, calidad, servicio, innovación, etc., incentivando así, la fiabilidad y diversidad de las cadenas de suministro¹¹.

14. A la hora de concebir el contenido, alcance y aplicación de las normas de la competencia se debe tener presente que en su trasfondo existen unos objetivos¹² a lograr en cada uno de los sectores económicos que integran el mercado interior, incluido, el de la energía. En el caso de la Unión Europea, por su idiosincrasia evolutiva, a la hora de aplicar las normas de competencia se combinan la consecución de objetivos económicos con objetivos políticos orientados a la consolidación del proyecto europeo en todas sus manifestaciones.

15. Los objetivos económicos de las normas de la competencia europeas podrían concretarse en tres niveles de actuación complementarios que inspiran su aplicación. En primer lugar, garantizar el control de la estructura de mercado para lograr que las empresas intervinientes disfruten unas condiciones estructurales homogéneas o que las empresas interesadas en entrar en el mercado tengan pleno acceso

⁹ C.P. DUNCASON, “The EU System of Energy Regulation”, *Competition In Energy Markets: Law And Regulation In The European Union*, Oxford, 2007, pp. 95-119. EU European Commission, Directorate-General for Competition, *EU competition law rules applicable to antitrust enforcement. Vol. I, General rules*, Publications Office, 2013, <https://data.europa.eu/doi/10.2763/35312> (última consulta 10.1.2023)

¹⁰ Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, DO L 1, 4.1.2003, p. 1–25.

¹¹ COM/2021/713 final/2, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones Una política de competencia adaptada a los nuevos retos <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM:2021:713:REV1> (última consulta 10.1.2023)

¹² K. STYLIANU & M.C. IACOVIDES, *The goals of EU Competition Law. A comprehensive empirical investigation*, disponible en https://www.konkurrensverket.se/globalassets/dokument/kunskap-och-forskning/forskningsprojekt/19-0407_the-goals-of-eu-competition-law.pdf (última consulta 1 diciembre 2023).

al mismo. Para ello, las normas de competencia prohíben el mantenimiento o creación de estructuras de mercado caracterizadas como monopolios legales o, de hecho, oligopolios o duopolios que, como manifestaciones de un mercado dado, impiden o dificultan la existencia de una pluralidad de empresas. Precisamente, el mercado de la energía, basado en una red o infraestructura y con empresas nacionales tradicionales que mantienen su poder en el mercado después del proceso de liberalización y privatización, se ha caracterizado por ser un mercado cuyas estructuras atienden a una de estas manifestaciones. Por ende, la aplicación de las normas de competencia debe tender a transformar estos mercados en un mercado abierto y competitivo para ser coherente con los objetivos de un mercado interior de la energía pleno y efectivo.

16. En segundo lugar, si la estructura del mercado está libre de tales amenazas, las normas de la competencia deben orientarse a ejercer un control o supervisión sobre el comportamiento económico de las empresas que operan en el mercado. Las empresas en el mercado deben ser conscientes que si desarrollan comportamientos que puedan alterar, falsear o restringir la competencia pueden ser objeto de sanciones disuasorias que pongan fin a tales comportamientos. Por definición, la estrategia de las empresas suele tender a obtener el mayor beneficio y, para lograrlo, pueden recurrir a comportamientos que consoliden su posición de manera artificial, se repartan los mercados o los clientes entre los competidores o restrinjan su competencia en precio, entre otras manifestaciones lesivas de una libre competencia practicable “*workable competition*”.

17. En último lugar, las normas de competencia pueden ser concebidas para fomentar el desarrollo tecnológico de un determinado producto o servicio o trasladar lo que se conoce como eficiencias¹³ al mercado o a los consumidores. Este objetivo, pretende hacer más competitivo el mercado y que los consumidores pueden tener acceso de manera más fácil y a un menor precio a esa tecnología o a los desarrollos tecnológicos que puedan derivarse.

18. En paralelo a los objetivos económicos, se pueden identificar la consecución de objetivos de naturaleza política, atendiendo al mercado y a las empresas que operan en el mismo. Así, en el caso del mercado de la Unión Europea, los objetivos que se persiguen a la hora de aplicar las normas de competencia pueden sintetizarse en la consolidación de la integración política europea mediante la profundización en la creación de un mercado interior en todos sus sectores económicos en una doble dimensión. Este objetivo político, en su dimensión interna, requiere una actuación coordinada y basada en el principio de cooperación leal, subsidiariedad¹⁴ y proporcionalidad entre las instituciones de la UE y los Estados miembros, que presentan intereses no siempre convergentes. El mercado interior de la energía es un claro ejemplo dónde los intereses no siempre han confluído en la misma dirección y las cláusulas de salvaguardia existentes demuestran hoy en día que aún queda un largo camino por recorrer.

19. En la dimensión externa, las normas de competencia persiguen indirectamente incrementar el potencial económico e industrial de las empresas europeas en un mercado globalizado. Esto se traduce en una vigilancia exhaustiva del comportamiento económico de empresas extra-comunitarias en el mercado europeo o con efectos en el mismo. Para fiscalizar el comportamiento de empresas extracomunitarias, la aplicación del derecho de la competencia adquiere una naturaleza extraterritorial y universal. Afirmación que se manifiesta en el sector energético, entre otras muchas, con la Decisión de la Comisión Europea de 2018 contra *Gazprom* aceptando los compromisos propuestos por ésta,¹⁵ pese a que debería haber sido objeto de sanción.

¹³ D. GERADIN, “Efficiency Claims in EC Competition Law and Sector-Specific Regulation” en *The evolution of European competition law : whose regulation, which competition?*, Edited Hans Ullrich, Edgar Elgar, cop. 2006 Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=617922> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.617922> (última consulta 10.1.2023)

¹⁴ J.ÖBERG, “Subsidiarity as a Limit to the Exercise of EU Competences”, *Yearbook of European Law*, Volume 36., 2017, pp. 391-420, disponible en: <https://doi.org/10.1093/yel/yew027>

¹⁵ Decisión C (2018) 3106 final de la Comisión Europea, de 24 de mayo de 2018, relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y del artículo 54 del Acuerdo EEE (Asunto AT.39816 — Suministro de gas en sentido ascendente en Europea Central y Oriental) DO 2018, C 258, p. 6.

20. La suma de los objetivos económicos y políticos del Derecho de la competencia en el mercado interior de la energía dan como resultado la necesidad de acompañar al marco legal armonizador aprobado en los últimos veinte años para lograr un mercado interior de la energía abierto, competitivo, transeuropeo. La combinación de los sucesivos paquetes legales armonizadores junto a la aplicación de las normas de competencia ha permitido avanzar en poner coto a las prácticas y estructuras de mercado detectadas en 2007. No obstante, siguen produciéndose comportamientos contrarios a la competencia por los operadores en el mercado interior de la energía. Contra ellos debe activarse las normas de competencia para garantizar que se trasladen eficiencias estáticas, dinámicas, distributivas a los consumidores europeos. Sólo así, se les podrá garantizar un suministro energético asequible, de calidad, seguro, sostenible y medioambientalmente compatible con los compromisos asumidos y liderados por la UE en la lucha contra el cambio climático¹⁶.

III. Los acuerdos y prácticas restrictivas de la competencia en el mercado interior de la energía

21. El artículo 101 del TFUE otorga poderes de investigación y, en su caso, de sanción a la Comisión Europea contra las empresas que, mediante acuerdos, decisiones de empresas o de asociaciones de empresas o prácticas concertadas afecten al comercio entre los Estados miembros y tengan por objeto o efecto, impedir, restringir o falsear la competencia en el mercado común. Entre la tipología de acuerdos expresamente contemplados, sin que puedan considerarse *numerus clausus*, se encuentran: “a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción; b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones; c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento; d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos”.

22. La sanción prevista, en el apartado 2º del artículo 101 del TFUE, para estos acuerdos restrictivos de la competencia es la nulidad de pleno derecho y, en su caso, una sanción económica¹⁷ que se calcula caso por caso. La adopción de una sanción por la Comisión es muy relevante atendiendo a que la Directiva 2014/104 de 26 noviembre de 2014¹⁸ abre la vía a los particulares afectados para reclamar ante los tribunales nacionales los daños ocasionados por acuerdos o prácticas restrictivas de la competencia.

23. A la hora de aplicar esta norma y su posible sanción, se debe probar que existe un acuerdo entre dos o más empresas mediante el cual se han comprometido voluntariamente, de forma verbal o por escrito, para organizar, ordenar o concertar sus comportamientos empresariales sobre el mercado de la energía. La tipología de acuerdos a los que pueden llegar las empresas para alterar fraudulentamente la competencia en el mercado puede ser de diverso alcance, contenido y efectos. Entre los acuerdos que pueden dar lugar a la aplicación del artículo 101 del TFUE se pueden encontrar los acuerdos horizonta-

¹⁶ E. LOOZEN, “EU antitrust in support of the Green Deal. Why better is not good enough”, *Journal of Antitrust Enforcement*, 2023, pp.1-23.

¹⁷ Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) no 1/2003, DO C210, p.2.

¹⁸ P.J.WILS, WOUTER “Private Enforcement of EU Antitrust Law and Its Relationship with Public Enforcement: Past, Present and Future”, *World Competition: Law and Economics Review*, Vol. 40, No. 1, March 2017, pp. 3-46, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2865728>. Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea Texto pertinente a efectos del EEE, DO L 349, 5.12.2014, p. 1–19. En España se adoptó mediante el Real Decreto Ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores, «BOE» núm. 126, de 27 de mayo de 2017, páginas 42820 a 42872. Comunicación de la Comisión — Directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales sobre cómo calcular la cuota del sobrecoste que se repercutió al comprador indirecto C/2019/4899, DO C 267, 9.8.2019, p. 4–43.

les¹⁹. Este tipo de acuerdo se producen cuando dos o más empresas, posicionadas en el mismo nivel en el mercado de la energía, se ponen de acuerdo en el precio, en la cantidad, en los descuentos, etc., para alterar las condiciones normales del mercado y obtener un mayor beneficio en perjuicio del consumidor o alterando las corrientes comerciales habituales en el sector. Otra modalidad son los denominados acuerdos verticales²⁰ que se dan entre empresas en distintos niveles en el mercado de la energía para alterar la competencia característica en este sector de actividad económica. Tanto los acuerdos horizontales como los verticales pueden ser exceptuados atendiendo a las directrices dictadas por la Comisión Europea en 2023 y 2022 respectivamente.

24. El artículo 101 del TFUE es aplicable también a las decisiones de asociaciones de empresas que restrinjan, impidan o falseen la competencia en el mercado europeo. Se entiende por tales decisiones, la manifestación de una voluntad colectiva tendente a producir un efecto anticompetitivo a través de un comportamiento en conjunto sobre el sector económico al que pertenecen. Las decisiones de asociaciones de empresas que pueden ser perseguidas y sancionadas pueden adoptar diversas manifestaciones. Así, por ejemplo, la adopción por la asociación de empresas suministradoras de energía de una recomendación, directriz o comunicación entre los asociados para fijar unos precios mínimos, limitar la producción, intercambiar política de precios, etc., pueden ser consideradas punibles.

25. La última modalidad cubierta por el artículo 101 del TFUE son las denominadas prácticas concertadas entre empresas. Se trata de una modalidad más difícil de perseguir y probar puesto que suelen consistir en encuentros o reuniones entre competidores con el propósito de influenciar sus respectivos comportamientos sobre el mercado adoptando en la práctica la misma estrategia empresarial o comercial en materia de precios, gama, cantidad, innovación, etc. Las prácticas concertadas²¹ pueden adoptar la forma de comportamientos paralelos en el mercado entre los competidores después de una reunión o encuentro, alineamiento de sus políticas comerciales a través de contactos profesionales, la adopción a través de publicaciones sectoriales de una misma política de precios. Si el objeto o efecto de las prácticas concertadas es alterar la competencia en el mercado europeo. La Comisión Europea o las autoridades nacionales de competencia (ANC) aplicarán el artículo 101 del TFUE y, en su caso, sancionarán tales prácticas.

26. De los procesos de investigación y sanción contra empresas abiertos por la Comisión Europea, en diferentes sectores económicos, se pueden extraer una serie de comportamientos o prácticas empresariales encuadrables dentro del artículo 101 del TFUE. Entre los comportamientos empresariales que han sido declarados como contrarios a la competencia pueden encontrarse los siguientes:

- a) La fijación de precios mínimos de venta obligatorios
- b) El reparto de mercados o de protección territorial absoluta o distribución limitada a determinados mercados locales,
- c) Cláusulas de prohibición de exportación
- d) Acuerdo limitativo de producción (de gama o de cantidad)
- e) Restricciones accesorias innecesarias
- f) Acuerdo de limitación del desarrollo tecnológico
- g) Acuerdo limitativo de inversiones
- h) Acuerdo de discriminación en precios
- i) Acuerdo de compra obligatoria mínima, etc.

¹⁹ Comunicación de la Comisión - Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal, «DOUE» núm. 259, de 21 de julio de 2023, páginas 1 a 125.

²⁰ Comunicación de la Comisión, Directrices relativas a las restricciones verticales, DOUE C 248, 30.6.2022, p. 1-85, que acompañan al nuevo Reglamento 2022/720 de la Comisión Europea, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, DO L134, 11.5.2022, p.4-13.

²¹ F. GHEZZI, M. MAGGIOLINO “Bridging EU concerted practices with U.S. concerted actions”, *Journal of Competition Law & Economics*, Volume 10, Issue 3, September 2014, pp. 647-690.

27. La casuística de la Comisión en el mercado de la energía nos permite vislumbrar cómo esta tipología de acuerdos se ha dado y siguen dándose, de manera autónoma o combinando varias modalidades, en las relaciones contractuales de algunos de los operadores en el mercado interior de la energía. En el mercado del gas, una de las prácticas más habituales era introducir en los contratos cláusulas de reparto territorial de mercados. En una primera fase, la Comisión Europea, a mi modo de ver de manera equivocada, consideró oportuno adoptar varias decisiones entre 2002 y 2005²² contra empresas europeas gasistas (*GDF, ENI, ENEL*) y extracomunitarias (*Gazprom*²³, Rusia, *NLNG*, Nigeria²⁴, *Sonatrach*, Argelia) sin imponer sanciones. Para justificar la ausencia de sanción, la Comisión invocó que el proceso de liberalización iniciado en la UE implicaba cambiar las tradicionales prácticas contractuales de las operadoras gasistas europeas y no europeas aceptando los compromisos propuestos.

28. La primera sanción en el mercado del gas, por violación del artículo 101 del TFUE, se produjo el 8 de julio de 2009 contra *E.ON Ruhrgas (Alemania)* y *GDF Suez (Francia)* por un valor de 553 millones de euros para cada una de las empresas²⁵. Llama la atención esta sanción ya que se aplica a las mismas prácticas que fueron eximidas de sanción entre 2002 y 2004. En concreto, la Comisión les acusó de mantener en el tiempo el acuerdo de reparto de mercados nacionales cuando decidieron construir conjuntamente el gasoducto MEGAL a través de Alemania para importar gas ruso a Alemania y Francia, así como su compromiso de no vender el gas transportado por este gasoducto en los mercados nacionales respectivos. Mantuvieron hasta 2005 el acuerdo de reparto del mercado incluso después de que se liberalizara el mercado de gas. *E.ON* y *EDF* recurrieron en anulación la sanción que fue rebajada por el Tribunal General de 553 a 320 millones para cada una en sendas sentencias²⁶.

29. El 5 de marzo de 2014, la Comisión adoptó una decisión sancionando a *Power Exchanges*²⁷ (integrado por EPEX Spot Francia y Nord Pool Spot Noruega) con 3.6 millones y 2.3 millones, respectivamente, por incurrir de manera continuada en un acuerdo de no competencia, que incluía una asignación de territorios, tanto dentro de la UE como en el Espacio Económico Europeo (EEE). En concreto, la Comisión, consideró que “*la infracción se refiere a los servicios prestados por las bolsas de energía para facilitar la comercialización de productos de electricidad al contado. Dichos servicios de comercialización incluyen servicios para facilitar la comercialización propiamente dicha (es decir, llevar a cabo una bolsa de energía), la gestión de la asignación implícita de capacidades de interconexión transfronteriza a través del acoplamiento de mercados y servicios a terceros para el desarrollo y operación de la comercialización de electricidad al contado... El objetivo era restringir la competencia entre ellos, proteger sus bastiones tradicionales y acordar la expansión a nuevos países, manteniendo el equilibrio de poder entre ellos*”.

30. En 2018, la Comisión Europea abrió una investigación formal²⁸ para evaluar si los acuerdos de suministro entre las empresas de *Qatar Petroleum* (ahora *Qatar Energy*) que exportan gas natural licuado (GNL) e importadores europeos obstaculizaban el libre flujo de gas dentro del Espacio Económico

²² https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_04_1310 (última consulta 10.1.2023) El contrato GDF-ENI se refiere al transporte de gas natural adquirido por ENI en el norte de Europa. GDF lo transporta a través del territorio francés hasta la frontera con Suiza. El contrato contenía una cláusula que obligaba a ENI a comercializar el gas exclusivamente “aguas abajo del punto de entrega”, es decir, después de salir de Francia. El contrato GDF-ENEL se refiere al intercambio de gas natural licuado adquirido por ENEL en Nigeria. Contenía una cláusula que obligaba a ENEL a utilizar el gas únicamente en Italia

²³ A la luz de la invasión rusa de Ucrania y la extrema dependencia de Gazprom muchas de las decisiones que se tomaron entre 2002 y 2005 tendrían otro sentido y contenido para evitar el dominio de Gazprom en toda la UE. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_05_710, (Mercado Alemán) (última consulta 10.1.2023), https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_03_1345 (Mercado Italiano) https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_05_710 (Mercado Alemán) https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/en/IP_05_195 Mercado Austriaco)

²⁴ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_02_1869 (última consulta 10.1.2023)

²⁵ V. DO C-248/5 de 16.10.2009.

²⁶ Sentencia del TGUE del 29 de junio del 2012 en el asunto T-360/09, ECLI:EU:T:2012:332 y Sentencia TGUE del 29 de junio del 2012 en el asunto T-370/09, ECLI:EU:T:2012:333.

²⁷ CASE AT.39952, Bolsas de Intercambio de Electricidad C(2014) 1204 final, DO C334/5, 25.9.2014.

²⁸ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_18_4239, (última consulta 10.1.2023)

co Europeo (EEE). En concreto, a juicio de la Comisión, los acuerdos a largo plazo de *Qatar Petroleum* (típicamente 20 o 25 años) para el suministro de GNL en el EEE contienen restricciones territoriales directas y/o indirectas. Ciertas cláusulas contenidas en estos acuerdos parecen restringir, directa o indirectamente, la libertad de los importadores del EEE para vender el GNL en destinos alternativos dentro del EEE. Por ejemplo, algunas cláusulas contractuales impiden el desvío de cargas hacia otro destino o restringen los territorios a los que se puede desviar o los volúmenes que se pueden desviar. Como resultado, estas cláusulas pueden limitar indebidamente el libre flujo de GNL vendido por *Qatar Petroleum* en el EEE, segmentando el mercado interno de gas de la UE. Sin embargo, en marzo de 2022, la Comisión cerró la investigación concluyendo que no existía restricciones a la competencia. El sentido de esta decisión de la Comisión Europea quizá hay que incardinarla en la alternativa que presenta Catar frente a Rusia. En otras circunstancias geopolíticas, probablemente, se hubiera obligado a Qatar Energy a aceptar compromisos poniendo fin a las limitaciones territoriales que se derivan de sus acuerdos de suministro, evitando así una eventual sanción.

31. Para la exención de sanciones de manera objetiva y transparente, el derecho de la competencia de la UE prevé, en el apartado 3º del artículo 101 TFUE, un sistema de exención ante la consecución de eventuales eficiencias. Este sistema se desarrolla y complementa con el Reglamento 2022/70, de 10 mayo 2022, directamente aplicable desde el 1 junio de 2022. La carga de la prueba recae en las empresas implicadas para lograr que sean autorizados o eximidos de la prohibición los acuerdos, decisiones de asociaciones de empresas y prácticas concertadas que garanticen la consecución de alguno de los siguientes beneficios o eficiencias: contribuyan a mejorar la producción o distribución; Incrementen el progreso técnico o económico; Reserven al consumidor una parte de los beneficios; No impongan restricciones accesorias; Garanticen la supervivencia de la competencia; Permita desarrollar nuevos productos o servicios; Reduzca los costes; Abran los mercados; Racionalicen la producción.

32. Estas ventajas o beneficios que se extraen de una eventual restricción de la competencia son las principales líneas de defensa de las empresas energéticas implicadas en una investigación “*antitrust*”. Es la Comisión Europea la que valora el equilibrio entre la restricción de la competencia y el logro de eficiencias que compensen la primera. Así, en su Decisión de 18 de junio de 2012, en el caso *Siemens/ Areva*²⁹, en el sector de centrales nucleares civiles en Francia, la Comisión no aceptó la prohibición de competencia invocada por Areva como restricción necesaria por su excesiva duración.

33. A la hora de establecer un marco legal de flexibilización y ponderación entre garantía de la competencia y desarrollo empresarial sectorial, la UE ha venido aprobando diferentes Reglamentos de exenciones recientemente actualizados³⁰ orientados a permitir, bajo ciertas premisas, lo que se conoce como categoría de acuerdos horizontales y verticales ya referidas, así como los nuevos Reglamentos sobre investigación y desarrollo y de especialización; distribución en exclusiva; de transferencia de conocimiento.

²⁹ https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39736/39736_1746_5.pdf, (última consulta 10.1.2023)

³⁰ Reglamento (UE) 2023/1066 de la Comisión de 1 de junio de 2023 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, DO L 143, de 2 .6.2023, pág. 9 a 19, en Reglamento (UE) 2023/1067 de la Comisión de 1 de junio de 2023 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de especialización, DO L143, de 2 .6.2023, pág.20 a 26. Comunicación de la Comisión, Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal, *DO C 11 de 14.1.2011, p. 1/72*. 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, *DO L 134 de 11.5.2022, p. 4/13*. Reglamento (UE) 2022/2456 de la Comisión de 8 de diciembre de 2022 por el que se modifica el Reglamento (UE) 1218/2010 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de especialización, DO L321, 15.12.2022, p.3/4. Reglamento (UE) 2022/2455 de la Comisión de 8 de diciembre de 2022 por el que se modifica el Reglamento (UE) 1217/2010 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 DO L321, 15.12.2022, p.1-2.

IV. El abuso de posición dominante y mercado interior de la energía.

34. Los abusos de posición dominante son otro comportamiento empresarial perseguido por las normas de competencia con una clara finalidad de actuar sobre aquellas estructuras de mercado que alteren la competencia. Sin lugar a dudas, la persecución del abuso o de la explotación abusiva de una posición dominante adquiere una relevancia clave en el mercado interior de la energía. Es un mercado caracterizado históricamente por estructuras en forma de monopolios u oligopolios derivados del propio proceso de liberalización acometido y de la condición de ser actividades “*network industries*” o basadas en infraestructuras de redes.

35. La liberalización y privatización emprendida a la luz de la normativa europea ha permitido transformar relativamente estas estructuras³¹, pero queda un largo camino para poder afirmar que el mercado interior de la energía es un mercado en competencia efectiva o “*workable competition*”³². Para complementar los efectos de la liberación normativa, se debe concebir la aplicación de las normas de competencia como un instrumento clave, preventivo y reactivo, contra los abusos que impidan el pleno disfrute del mercado interior de la energía para los consumidores europeos. Los consumidores deben beneficiarse plenamente de un mercado abierto, transparente, transeuropeo y a unos precios equitativos. Sin olvidar a los operadores energéticos interesados en un mercado con estas características. Consumidores y operadores o, dicho de otra manera, demanda y oferta, requieren de una estructura de mercado a salvo de los potenciales abusos.

36. El Tribunal de Justicia, en su Sentencia de 6 de septiembre de 2017, asunto *Intel/Comisión*³³, nos ofrece una aproximación realista a lo que debe ser un mercado en competencia efectiva y cómo las normas de competencia no se oponen a que, como “*consecuencia de una competencia basada en los méritos, desaparezcan o resulten marginalizados en el mercado de que se trate competidores menos eficientes y, por tanto, menos interesantes para los consumidores, en particular, desde el punto de vista de los precios, la gama de productos, la calidad o la innovación*”...

37. Como se ha señalado, la disposición aplicable a los abusos de posición dominante es el artículo 102 del TFUE que expresa el objetivo general asignado por el artículo 3 TFUE, apartado 1, letra b), sobre el establecimiento de las normas de competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior. Así, el artículo 102 del TFUE estipula que “*Será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo...*”. Tanto del pronunciamiento del TJUE como del propio contenido normativo se desprende que no se persigue y sanciona que una empresa tenga una posición dominante en un determinado mercado geográfico sobre un producto o servicio dado sino el abuso que pueda realizar de la misma, perjudicando a otros competidores actuales o potenciales y, en última instancia, a los consumidores europeos que se ven privados de la competencia necesario para obtener un mejor precio, servicio, calidad o desarrollo tecnológico. En el artículo 102 del TFUE, se establece un listado no exhaustivo de eventuales comportamientos que pueden ser considerados como una explotación abusiva.

38. Para comprender cuándo se produce un posible abuso de posición dominante por una o varias empresas en un mercado relevante conviene definir qué se entiende por posición dominante. Las históricas sentencias del Tribunal de Justicia de la UE en los asuntos *United Brands* de 14 de febrero

³¹ T. DUSO, F. SZÜCS V. BÖCKERS, *Abuse of dominance and antitrust enforcement in the German electricity market*, Working Paper, Munich, September 2017, CESifo nº 6681. pp.1-37.

³² R. HAAS, H. AUER, “The prerequisites for effective competition in restructured wholesale electricity markets”, *Energy*, Volume 31, Issues 6–7, 2006, pp. 857-864,

³³ STJUE de 6 septiembre de 2017, Asunto C-413/14, ECLI:EU:C:2017:632, apt.134.

1978³⁴ y *Hoffman-La Roche* de 23 febrero 1979³⁵, establecen los pilares interpretativos para delimitar el concepto de posición dominante y su alcance en el mercado europeo. Así, se puede señalar que una posición dominante existe cuando se produce una situación de poder económico de una o más empresas que les otorga la capacidad de obstaculizar o impedir la competencia, al disfrutar de un predominio e independencia respecto de sus competidores en el mercado dado. Habida cuenta de la estructura que ha venido caracterizando el mercado interior de la energía, la delimitación diferenciadora que efectúa el TJUE en *Hoffman-La Roche* entre posición dominante y monopolios/oligopolios es muy clarificadora para el mercado interior de la energía. La cuestión entonces es identificar si existe una posición dominante para luego definir si se puede abusar o no de la misma. Para ello, se acude a dos criterios³⁶ para medir la posición dominante y su potencial abuso.

39. El primer criterio para medir la existencia de una posición dominante consiste en definir el mercado relevante por la/s empresa/as que disfrutan de esa posición. El segundo es el mercado geográfico relevante en el que se ostenta la posición dominante. El mercado relevante desde el ángulo del producto o servicio ofrecido se suele medir atendiendo al criterio de la elasticidad cruzada de la demanda y de la oferta del producto o servicio de que se trate. Así, por ejemplo, si la/s empresa/as producen electricidad se lleva a cabo la simulación de si ante la elevación del precio de la electricidad en un determinado mercado geográfico, los consumidores optarían por consumir gas. Si la respuesta es negativa implica que la demanda es inelástica y, por tanto, el mercado relevante del producto afectado sólo sería los productores/distribuidores de electricidad y se tendría que excluir a los productores/distribuidores de gas.

40. En la práctica supone que, si existen dos o tres empresas que producen electricidad en el mercado geográfico dado, tendrían una situación de mercado oligopolístico sobre la electricidad y, por tanto, podrían tender a abusar de esa posición ya que el consumidor no sustituiría la electricidad por gas al considerar que no son productos intercambiables. Por lo tanto, en esta situación, la amenaza para la competencia es mayor ya que un acuerdo entre ellas en materia de precios o de reducción de la producción tendría unos efectos negativos sobre el mercado y sobre los consumidores. Para evaluar el grado de amenaza también se tiene en cuenta la elasticidad de la oferta que se manifiesta si los productores de electricidad en mercados vecinos tendrían fácil su entrada o la distribución de su electricidad ante una subida de precios en el mercado geográfico retenido. Si las barreras de acceso o distribución al mercado geográfico relevante son muy elevadas, la presión anticompetitiva sería aún mayor. Riesgo agravado por tratarse de industrias basadas en redes y que dificulta la entrada de competidores en mercados vecinos que puedan atenuar el alcance de su posición dominante oligopolista.

41. El segundo criterio para medir la existencia de posición dominante es determinar el mercado geográfico afectado o relevante. En el supuesto de la producción de electricidad, si el mercado geográfico afectado es un mercado nacional, la posición dominante de las tres empresas productoras se ve atenuada por la existencia de productores de electricidad en los mercados vecinos europeos que podrían entrar con facilidad en el mercado geográfico relevante y limitar el abuso que pudieran tratar de realizar las empresas eléctricas en situación de oligopolio. En este caso, el mercado geográfico relevante sería el mercado en el que se encuentra el oligopolio y los mercados vecinos. La Comisión Europea, acota el mercado geográfico relevante en tres categorías, mercados nacionales (uno o varios Estados miembros), mercado de la UE/

³⁴ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:61976CJ0027&from=ES> (última consulta 10.1.2023).

³⁵ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:61976CJ0085&from=ES>, El TJUE establece que “... la posición dominante a diferencia de una situación de monopolio o de cuasi-monopolio no excluye la existencia de una cierta competencia, pero sitúa a la empresa que se beneficia de ella en situación, si no de decidir, cuando menos de influenciar notablemente a las condiciones en las que esa competencia se desarrollará y, en cualquier caso, en situación de comportarse en una amplia medida sin tener que tomar en cuenta esa competencia y sin que, sin embargo, esa actitud le resulte perjudicial...”(última consulta 10.1.2023)

³⁶ Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa de la Unión en materia de competencia, 2022 *DO C 372 de 9.12.1997*, p. 5/13. En 2023 se espera la publicación de la comunicación, v. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_6528, (última consulta 10.1.2023)

EEE, o mercado mundial. Cuánto más amplio es el mercado geográfico retenido menos probabilidades de afectación de la competencia existe. La casuística de la Comisión muestra una cierta discrecionalidad a la hora de definirlos que permite reforzar o atenuar la existencia de abuso y, por ende, de la sanción.

42. Una vez constatado el mercado del producto o servicio y su ámbito geográfico hay que entrar a analizar el poder económico del que disponen las tres empresas productoras para determinar si existe o no un abuso de su posición dominante. Para ello se analizan diferentes factores como si existe un oligopolio real y efectivo o es coyuntural; si las cuotas de mercado son muy elevadas; si existen barreras jurídicas, económicas, comerciales o de otra índole para entrar en el mercado geográfico delimitado; si las empresas en posición dominante disfrutaban de unos recursos financieros o tecnológicos que hacen poco factible la continuidad de los competidores actuales o que surjan nuevos competidores; si disponen de una red comercial tan perfeccionada que haría inviable la entrada de un nuevo competidor, etc.,. El análisis de la confluencia de estos elementos debe permitir valorar la existencia de explotación abusiva, como concepto objetivo, referida a la conducta de una o varias empresas -posición dominante oligopolística- que influyen la estructura del mercado, debilitando el grado de competencia, mediante el recurso a métodos inusuales en competencia normal para las transacciones comerciales de bienes o servicios, originando una amenaza del grado de competencia en un mercado geográfico dado o el desarrollo de una competencia adecuada.

43. La visión del TJUE sobre la explotación abusiva de la posición dominante en el mercado interior de la energía eléctrica en el mercado italiano, mediante prácticas de exclusión de competidores, se manifiesta en la sentencia de 12 de mayo de 2022 en el asunto C377/20 *Servizio Elettrico Nazionale SpA y otros contra Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato y otros*³⁷. El TJUE interpreta en este asunto que “...para determinar si una práctica constituye una explotación abusiva de una posición dominante, basta con que una autoridad de competencia demuestre que dicha práctica puede menoscabar la estructura de competencia efectiva en el mercado pertinente, a menos que la empresa dominante de que se trate demuestre que los efectos contrarios a la competencia que pueden derivarse de dicha práctica se ven contrarrestados, o incluso superados, por efectos positivos para los consumidores, en particular en lo que concierne a los precios, la gama de productos, la calidad y la innovación”. Una vez delimitada la explotación abusiva y que no concurren eficiencias que la atenúen, el TJUE, analiza el comportamiento específico del grupo de empresas ENEL y sus potenciales efectos excluyentes para afirmar que la práctica es abusiva “...cuando es llevada a cabo por una empresa que ocupa una posición dominante, si puede producir un efecto excluyente y si se basa en la utilización de medios distintos de los propios de una competencia basada en los méritos. Cuando concurren estos dos requisitos, la empresa en posición dominante de que se trate puede, no obstante, eludir la prohibición establecida en el artículo 102 TFUE demostrando que la práctica en cuestión estaba objetivamente justificada y resultaba proporcionada a dicha justificación o podía verse compensada, o incluso superada, por mejoras de la eficacia que beneficiaban también a los consumidores.”.

44. La aplicación de este marco general de la explotación de una posición dominante al mercado interior de la energía requiere un análisis complementario de la casuística de la Comisión. El 10 de mayo de 2006, la Comisión Europea abrió investigación contra la posición dominante de *Distrigaz* en el mercado belga³⁸ que además se encontraba afectada por la fusión entre *GDF* y *Suez*. La Comisión

³⁷ STJUE 12 mayo de 2022, asunto C-377/20, ECLI:EU:C:2022:379 apart.45-46 y 73. Esta cuestión prejudicial surge a raíz de que la Autoridad de Competencia Italiana (AGCM) declaró que SEN y EE habían cometido, bajo la coordinación de su sociedad matriz ENEL, a partir de enero de 2012 y hasta mayo de 2017, un abuso de posición dominante contrario al artículo 102 TFUE en los mercados de venta de energía eléctrica a los usuarios domésticos y no domésticos conectados a la red de baja tensión en las zonas en las que el grupo ENEL gestionaba la actividad de distribución. En consecuencia, la AGCM impuso solidariamente a las sociedades antes mencionadas una multa que ascendía a 93 084 790,50 euros.

³⁸ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_07_1487, Comunicación publicada de conformidad con el artículo 27, apartado 4, del Reglamento (CE) no 1/2003 del Consejo en el Asunto COMP/B-1/37966 — *Distrigaz* (2007/C 77/14), (última consulta 10.1.2023).

Europea entendió que dada la posición dominante en el mercado belga de suministro de gas por parte de *Distrigaz*, esta podía abusar de su posición al dificultar la entrada de otros competidores en el mercado belga de gas mediante la duración de los contratos de suministros y los volúmenes de gas vinculados a tales contratos que impedía que los clientes buscasen otros proveedores alternativos. Para evitar una posible sanción, *Distrigaz* propuso, como compromisos entre 2007 y 2010, no celebrar nuevos contratos de suministro de gas con revendedores de gas con una duración superior a dos años. La duración máxima de los nuevos contratos con otros grandes clientes de gas (consumidores industriales y generadores de electricidad) sería de cinco años, excepto para las nuevas centrales eléctricas de gas. Además, *Distrigaz* se aseguraría de que una media del 70% del gas que tiene contratado para suministrar a estos clientes volvería al mercado cada año y no incluiría cláusulas de uso, reventa o destino ni cláusulas de renovación tácita en los futuros acuerdos de suministro de gas y eliminaría estas cláusulas en los actuales acuerdos de suministro.

45. El 26 de noviembre de 2008³⁹, *E.ON electricidad* fue objeto de un pliego de cargos por abuso de posición dominante por la Comisión Europea basada en que *E.ON* habría diseñado una estrategia para retirar capacidad de generación disponible limitando el suministro de electricidad de algunas plantas en el mercado a corto plazo, es decir cualquier bolsa de electricidad EEX, con vistas a aumentar los precios de la electricidad en perjuicio de los consumidores y abusando de ese modo de una posición dominante en el mercado eléctrico mayorista alemán. La Comisión, adicionalmente, señaló su preocupación de que este comportamiento se hubiera llevado a cabo mediante una estrategia de *E.ON*, a medio y largo plazo, para evitar que los competidores reales o posibles se introdujesen en el mercado de la generación y limitar así el volumen de mercado de la generación de electricidad. En el mercado eléctrico de ajustes alemán, se le acusaba en primer lugar, de incrementar sus propios costes con el fin de favorecer a su filial de producción y repercutir estos costes sobre el consumidor final, y, en segundo lugar, impidiendo que los productores de electricidad de otros Estados miembros exportasen electricidad en el mercado de ajustes de *E.ON*. Para evitar la sanción, *E.ON*, planteó como compromisos la cesión de capacidad a competidores y la cesión de centrales a competidores actuales o potenciales. Se ponía fin así a la investigación por abuso de posición dominante.

46. El 22 de enero de 2010⁴⁰, *E.ON Gas*, con una posición dominante en el (los) mercado(s) de transporte de gas, con su red de gas de bajo valor calorífico y la red *NetConnect Germany*, fue acusada de abusar al negarse a proveer mediante reservas a largo plazo en el sistema de transporte de *E.ON*. *E.ON* había reservado grandes proporciones de sus capacidades disponibles de entrada firme y libremente asignable de su red de transporte de gas, lo que podía llevar, de conformidad con la evaluación preliminar, a excluir del mercado a los competidores que tratasen de transportar y vender gas a los clientes conectados a la red de *E.ON* y, por lo tanto, podía restringir la competencia en los mercados descendentes de suministro de gas de Alemania. Para evitar la sanción, *E.ON*, propuso compromisos que fueran aceptados por la Comisión Europea.

47. El 5 de marzo de 2010⁴¹, *ENI* presentó una serie de compromisos para evitar la sanción por abuso de posición dominante en el mercado de suministro de gas en Italia y de suministro hacia Alemania, Austria y Suiza, deshaciéndose de sus activos empresariales en estos tres mercados. La Comisión Europea le acusaba de haber abusado de su posición dominante, al negarse a suministrar capacidad de transporte en sus conducciones de gas natural. En especial, la gestión y explotación por *ENI* de sus gasoductos de gas natural podían haber implicado supuestamente “i) una denegación de acceso a la capacidad disponible en la red de transporte («acaparamiento de capacidad»), ii) una oferta de capacidad de manera menos útil («degradación de capacidad»), y iii) una limitación estratégica de la inversión («insuficiente inversión estratégica») en su red de gasoductos internacionales, con el objetivo o efecto

³⁹ DO C 36/8, 13.2.2009.

⁴⁰ DO C16/42, 22.1.2010.

⁴¹ DO C55/13, 5.3.2010.

de excluir a los competidores que intentasen transportar y vender gas a clientes italianos y, por tanto, haber restringido la competencia en los mercados descendentes de suministro de gas”.

48. El 5 de marzo de 2014⁴², la Comisión emitió una Decisión sancionando con 1.031.000 euros a *OPCOM* y su filial *Transelectrica* por abuso de posición dominante en Rumanía en el mercado de servicios de mediación en el comercio a corto plazo («al contado») de electricidad (mercados del día anterior e intradiario) por discriminar a las empresas competidoras activas en el comercio mayorista de la electricidad sobre la base de su nacionalidad o por el lugar de establecimiento. El abuso consistía en que en sus acuerdos tipo con las empresas interesadas, *OPCOM* exigía la inscripción en el censo del IVA rumano para poder ser admitidos a los mercados al contado de la bolsa de electricidad, pese a que los operadores de la UE ya contaban con un número de identificación a efectos del IVA en su propio país de origen, lo que implicaba repercutirles unos costes adicionales para operar en el mercado rumano.

49. El 12 de agosto de 2014⁴³, la Comisión Europea acusó a *Bulgarian Energy Holding* (BEH) de tener una posición de dominio en el mercado de suministro mayorista de electricidad a precios negociados libremente en Bulgaria. La Comisión considera que las cláusulas de destino impuestas por *BEH* suponen restricciones territoriales a la reventa de la electricidad y que figuran en los contratos suscritos por las filiales de *BEH* para el suministro mayorista de electricidad a precios negociados libremente a entidades distintas de los usuarios finales. El abuso se traduce en un efecto potencial de incrementar los obstáculos al comercio entre Bulgaria y otros Estados miembros, falseando así la distribución de electricidad en el mercado único y afectando a la liquidez y la eficiencia de los mercados de la electricidad. *BEH* propuso compromisos para eliminar el abuso en este mercado que fueron aceptados por la Comisión sin imponerle finalmente ninguna sanción.

50. La Comisión inició el 14 septiembre de 2018 un procedimiento contra *Transgaz* (Operador único del Sistema de Transmisión de gas -TSO- por una concesión exclusiva hasta el 2032) por posible abuso de posición dominante en el mercado rumano de gas que culminó con compromisos el 28 de julio de 2020. El abuso de *Transgaz* se centraba en haber establecido una estrategia para limitar la libre circulación de gas natural procedente de Rumanía a Hungría y Bulgaria, ejecutada a través de distintos medios, tales como “(i) inversiones insuficientes o demoras estratégicas en la construcción de infraestructuras pertinentes para las exportaciones, (ii) la aplicación de tarifas de interconexión a la exportación de gas natural a otros Estados miembros de manera que esta deje de ser comercialmente viable, y (iii) el uso abusivo de argumentos técnicos como pretexto para mejorar las exportaciones de gas natural procedente de Rumanía a otros Estados miembros, o justificar los retrasos en estas”, frustrando con estas prácticas la realización de un mercado interior europeo del gas natural.

51. Una referencia al caso *Gazprom* explica el nivel de dependencia rusa⁴⁴ al que se llegó con el beneplácito de la UE y cuyos problemas se están desarrollando a raíz de las sanciones contra Rusia. El 22 de abril de 2015, la Comisión Europea emplazó a *Gazprom* por una posición dominante en los ocho mercados de Europa Central y Oriental (ECO) en el suministro mayorista de gas en sentido ascendente, que culminaron, para evitar una sanción, con los compromisos iniciales en 2017⁴⁵, y los finales, el 24 de mayo de 2018⁴⁶, cuya valoración a la luz de la situación actual son claramente insuficientes.

52. En concreto, la Comisión consideró que *Gazprom*, desplegó tres prácticas potencialmente abusivas. En primer lugar, *Gazprom* había incluido restricciones territoriales como cláusulas de desti-

⁴² DO C314/7, 13.9.2014.

⁴³ https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39767/39767_2018_3.pdf, (última consulta 10.1.2023).

⁴⁴ I, PATRABAU, “Emerging from the war in Ukraine into a secure energy transition”, *Journal of International Affairs*, 75(2), 2023, pp.121-129. C, LOCATELLI. “EU-Russia trading relations: the challenges of a new gas architecture”, en *European Journal of Law and Economics*, 2015, 39 (2), p.313-329.

⁴⁵ DO C 81 de 16.3.2017, p. 9/11.

⁴⁶ DO C 258 de 23.7.2018, p. 6/8.

no y prohibiciones de exportación en todos sus acuerdos de suministro con mayoristas y con algunos clientes industriales. *Gazprom* también había obstaculizado la venta transfronteriza de gas a través de medidas equivalentes que tienen el mismo efecto, como los requisitos de medición y una política restrictiva con respecto a los cambios en los puntos de entrega de gas. El propósito era segmentar el mercado interno a lo largo de las fronteras nacionales para proteger la política nacional de precios de *Gazprom* en ECO. En segundo lugar, *Gazprom* parecía seguir una política de precios injusta al cobrar precios, a algunos mayoristas en ECO (Bulgaria, Estonia, Letonia, Lituania y Polonia), excesivos en comparación con los costos de *Gazprom* o con los precios de referencia, mientras usaba fórmulas de precios basadas en indexación del petróleo en estos países que pueden haber contribuido a unos precios excesivos. En tercer lugar, *Gazprom* podía haber aprovechado su dominio condicionando el suministro de gas y los precios del gas en Bulgaria y Polonia a la obtención de ciertos compromisos de infraestructura no relacionados de los respectivos socios búlgaros y polacos.

53. Los compromisos propuestos por *Gazprom* para aliviar estas prácticas abusivas fueron admitidos por la Comisión para eludir la sanción a pesar de que entre ellos se encontraba “*bajo la condición de firmar nuevos contratos a largo plazo con Gazprom*”. Estos compromisos fueron objeto de recurso de anulación ante el Tribunal General por *Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A.* que fue estimado por el Tribunal General en la Sentencia de 2 de febrero de 2022⁴⁷ por cuestiones procedimentales. Sin embargo, el propio Tribunal General descartó la anulación en el asunto separado⁴⁸ que afectaba a la valoración de los compromisos propuestos por *Gazprom* y aceptados por la Comisión.

V. Las ayudas de Estado y el mercado interior de la energía

54. El régimen legal de las ayudas de Estado se encuentra en los artículos 107 a 109 del TUE. Para evitar que las ayudas estatales falseen o amenacen con falsear la competencia en el mercado interior y afecten a los intercambios entre Estados miembros, el artículo 107, apartado 1, TFUE establece el principio de la prohibición de las ayudas estatales⁴⁹, al señalar que “... *serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones.*”

55. En la sentencia del TJUE de 27 enero de 2022, en el asunto C-179/20, *Fondul Proprietatae contra Rumania*⁵⁰, el Tribunal consideró que “*la calificación de una medida nacional como «ayuda de Estado», a efectos del artículo 107 TFUE, apartado 1, requiere que concurran todos los requisitos siguientes. En primer lugar, debe tratarse de una intervención del Estado o mediante fondos estatales. En segundo lugar, tal intervención debe poder afectar a los intercambios comerciales entre los Estados miembros. En tercer lugar, debe conferir una ventaja selectiva a su beneficiario. En cuarto lugar, debe falsear o amenazar falsear la competencia*”

56. En relación con el primero de los elementos, el TJUE recuerda en su Sentencia de 15 de mayo de 2019⁵¹, *Achema y otros*, C706/17, que “... *una obligación de compra de energía puede estar comprendida dentro del concepto de «ayuda» aunque no implique una transferencia de fondos esta-*

⁴⁷ STGUE 2 de febrero 2022 asunto T-399/19, ECLI:EU: T:2022:44, apart.97. CH.BREUVART AND P, LACONTE, “Balancing the complainant’s right to be heard with the Commission’s discretion to accept commitment in antitrust proceedings- an example coming from the gas sector: cases T-399/19 and T-616/18 *Polskie Górnictwo Naftowe I Gazownictwo*”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2023, vol.14, n°1, pp.24-27.

⁴⁸ STGUE de 2 febrero de 2022, asunto T-616/18, ECLI:EU: T:2022:43, aparts.304 y ss.

⁴⁹ E. RIGHINI, G. CATTI DE GASPERI, “Survey – The Application of EU State Aid Law in the Energy Sector”, *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 10, Issue 1, January 2019, pp. 53–68.

⁵⁰ STJUE de 27 enero de 2022 asunto C-179/20, ECLI:EU:C:2022:58, apart.86

⁵¹ STJUE de 15 mayo de 2019, asuntos C-706/17, ECLI:EU:C:2019:407, apart.52.

tales”. El segundo elemento, a la luz de la Sentencia de 18 de mayo de 2017⁵², *Fondul Proprietatea*, C150/16, concurre “*cuando un Estado miembro concede una ayuda a empresas, la actividad en su mercado interno puede mantenerse o aumentar, con la consecuencia de que disminuyen con ello las posibilidades de las empresas establecidas en otros Estados miembros de penetrar en el mercado del Estado miembro en cuestión... no es necesario acreditar la incidencia real de la ayuda sobre los intercambios comerciales entre los Estados miembros y el falseamiento efectivo de la competencia, sino únicamente examinar si tal ayuda puede afectar a dichos intercambios y falsear la competencia*”.

57. El tercer elemento, al amparo de la sentencia de 17 de septiembre de 2020⁵³, *Compagnie des pêches de Saint-Malo*, C212/19, debe considerarse que “*...no es necesario acreditar la incidencia real de la ayuda sobre los intercambios comerciales entre los Estados miembros y el falseamiento efectivo de la competencia, sino únicamente examinar si tal ayuda puede afectar a dichos intercambios y falsear la competencia*” Para afirmar, a continuación, que el paquete completo de medidas de la legislación rumanana en favor de dos productores de electricidad, *CE Hunedoara* y *CE Oltenia*, les permite garantizar el suministro de una determinada cantidad de electricidad y les permite prestar servicios auxiliares, ahorrando los costes correspondientes a la puesta en marcha y la reactivación de las instalaciones, generando con ello electricidad a un mejor precio gracias a la eliminación de esos costes y, por ende, pueden “*...conferir a los productores de electricidad beneficiarios una ventaja económica respecto de sus competidores, ventaja que no habrían obtenido en condiciones normales de mercado. Por consiguiente, ... puede cumplirse el requisito relativo a la existencia de una ventaja económica selectiva*”.

58. El último elemento, el TJUE considera que también se ve afectado por las ayudas rumanas al reforzar la posición dominante puesto que “*... la actividad en su mercado interno puede mantenerse o aumentar, con la consecuencia de que disminuyen con ello las posibilidades de las empresas establecidas en otros Estados miembros de penetrar en el mercado del Estado miembro en cuestión... las ayudas que tienen por objeto liberar a una empresa de los costes propios de su gestión corriente o de sus actividades normales, con los que normalmente debería haber cargado, falsean, en principio, las condiciones de competencia... lo que también les permitió reducir el precio final de la electricidad que ofrecen*”.

59. El TJUE, en sentencia de 27 enero de 2022, en el asunto C-179/20, *Fondul Proprietatea contra Rumanía* considera que el sistema rumanano adoptado es contrario al artículo 107,1 del TFUE al interpretar que “*una serie de medidas establecida por decisión del gobierno y consistente en una ordenación preferente, por el gestor de la red cuyo capital pertenece mayoritariamente al Estado, de la electricidad generada por determinados productores de electricidad cuyas instalaciones utilizan fuentes de combustión de energía primaria autóctonas, un acceso garantizado a las redes de transporte para la electricidad generada por esas instalaciones de dichos productores y la obligación de esos mismos productores de prestar servicios auxiliares al gestor de la red por una determinada cantidad de megavatios, que les reserva, en relación con esa cantidad, un derecho de suministro a precios fijados de antemano y supuestamente superiores a los de mercado, puede ser calificada como «ayuda de Estado», con arreglo a dicho artículo 107 TFUE, apartado 1. Si así se califica, esa serie de medidas debe ser considerada como ayuda nueva y, como tal, está sujeta a la obligación de notificación previa a la Comisión conforme al artículo 108 TFUE, apartado 3.*”

60. En un sentido parecido, el Abogado General Athanasios Rantos, en sus Conclusiones de 14 de junio de 2022⁵⁴, propone al Tribunal que “*La obligación impuesta al operador público de comprar electricidad a un precio superior al precio de mercado a productores que utilizan fuentes de energía renovables para producir electricidad, sirviéndose de la obligación impuesta al consumidor final de pagar en proporción al consumo realizado, constituye una ayuda otorgada mediante fondos estatales en el sentido del artículo 107, apartado 1, del TFUE.*”

⁵² STJUE de 18 mayo de 2017, asunto C-150/16, ECLI:EU:C:2017:388, apart. 29-34

⁵³ STJUE de 17 septiembre de 2020 asunto C-212/19, ECLI:EU:C:2020:726, apart.39-40.

⁵⁴ Conclusiones Abogado General, 14 de junio 2022, ECLI:EU:C: 2022:465.

61. No obstante, lo dispuesto en artículo 107.1 del TFUE, se ve atenuado por un desarrollo que habilita opciones para otorgar ayudas estatales en determinados casos. En concreto, este tipo de ayudas puede ser compatible con el mercado interior en virtud del propio artículo 107, apartado 2º – cuyo listado son reconocidas cómo válidas- y apartado 3º -que deben ser autorizadas por la Comisión previa notificación-, del artículo 107 del TFUE. De conformidad con el artículo 107, apartado 3, letra c), del Tratado⁵⁵, una medida de ayuda puede declararse compatible con el mercado interior siempre que se cumplan dos condiciones. La condición positiva es que la ayuda facilite el desarrollo de una actividad económica incentivándola. La condición negativa, que no afecte desfavorablemente a los intercambios en un grado contrario al interés común. En la valoración de estas condiciones se tiene muy presente los criterios de necesidad, idoneidad, proporcionalidad y transparencia de las ayudas.

62. La valoración del alcance de estas dos condiciones en la jurisprudencia del TJUE se aprecia en la sentencia del TJUE *Austria/Comisión*, asunto C-594/18 P, de 22 de septiembre de 2020⁵⁶, en la que desestima el recurso casación de Austria contra la sentencia del Tribunal General considerando compatible la ayuda otorgada por el Reino Unido a la Central Nuclear de *Hinkley Point C*, a la luz del artículo 107.3 c). del TFUE.

Los Estados miembros deberán notificar a la Comisión⁵⁷ las ayudas estatales de conformidad con el artículo 108, apartado 3, del TFUE, con la excepción de las medidas que cumplan las condiciones establecidas en los Reglamentos *de minimis*⁵⁸, de exención por categorías⁵⁹ y otros⁶⁰ adoptados por la UE conforme al artículo 109 del TFUE.

63. Entre los casos que habilitan un sistema específico de ayudas, se encuentra lograr los objetivos del Pacto Verde⁶¹ y la Ley del Clima⁶² con “...la consecución de los objetivos de neutralidad climática, adaptación al cambio climático, eficiencia energética y en el uso de los recursos y el «principio de primacía de la eficiencia energética...»⁶³. A raíz de estos objetivos, más la posterior situación energética y económica derivada de la invasión a Ucrania,⁶⁴ al amparo del artículo 107, apartado 3, letra b) TFUE, se han desplegado todo un arsenal de ayudas de Estado con programas financiados por la propia UE.

⁵⁵ M. IAKOVENKO, “Article 106(2) or Article 107(3) TFEU? The Compatibility of State Aid for Security of Supply Projects with the EU’s *acquis*: A Vision from Energy Community Contracting Party”, *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 10, Issue 6, June 2019, pp. 337–348.

⁵⁶ STJUE de 22 septiembre de 2020, asunto C-594/18, ECLI:EU:C:2020:742, apart.143-151

⁵⁷ Reglamento (UE) 2015/1589 del Consejo, de 13 de julio de 2015, por el que se establecen normas detalladas para la aplicación del artículo 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, DO L 248 de 24.9.2015, p. 9/29.

⁵⁸ Reglamento de la Comisión, de 18 de diciembre de 2013, relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas *de minimis*, DO 2013, L 352, p. 1.

⁵⁹ Reglamento (UE) No 651/2014 de la Comisión, de 17 de junio de 2014 por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado, DO L 187 de 26.6.2014, p. 1/78, Reglamento (UE) 2015/1588 del Consejo, de 13 de julio de 2015, sobre la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de ayudas estatales horizontales, DO L 248 de 24.9.2015, p. 1/8.

⁶⁰ Reglamento (UE) 2021/1237 de la Comisión de 23 de julio de 2021 por el que se modifica el Reglamento (UE) n° 651/2014, por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado. DO L 270 de 29.7.2021, p. 39/75.

⁶¹ COM(2019) 640 final, 11.12.2019, Comunicación de la Comisión. El Pacto Verde Europeo. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52019DC0640&from=EN> (última consulta 10.1.2023)

⁶² Reglamento (UE) 2021/1119 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de junio de 2021 por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática y se modifican los Reglamentos (CE) n°401/2009 y (UE) 2018/1999 («Legislación europea sobre el clima»). DO L 243 de 9.7.2021, p. 1/17.

⁶³ Directrices sobre ayudas estatales en materia de clima, protección del medio ambiente y energía 2022 (2022/C 80/01) DO C 80 de 18.2.2022, p. 1/89.

⁶⁴ Comunicación de 28 octubre de 2022, sobre el Marco Temporal de Crisis relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía tras la agresión contra Ucrania por parte de Rusia, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52022XC1109\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52022XC1109(01)&from=EN), (última consulta 10.1.2023), COM(2022) 108 final, REPowerEU: Acción conjunta para una energía más asequible, segura y sostenible, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52022DC0108&from=EN>, (última consulta 10.1.2022). Reglamento (UE) 2022/1854 del Consejo de 6 de octubre de 2022 relativo a una intervención de emergencia para hacer frente a los elevados precios de la energía, DO L 261I de 7.10.2022, p. 1/21.

64. En relación con el mercado interior de la energía, se recoge todo un sistema de ayudas para reforzar “...*la seguridad del suministro de electricidad; para infraestructuras energéticas; ...reducciones de las exacciones sobre la electricidad a los grandes consumidores de energía; ayudas al cierre de centrales eléctricas que utilizan carbón, turba o esquisto bituminoso...etc.*,”

65. Las Directrices aprobadas en febrero de 2022 permite determinar el grado de compatibilidad de las ayudas que se van a desplegar en estos sectores atendiendo a los principios que inspiran la autorización de ayudas públicas - necesidad, idoneidad, proporcionalidad y transparencia-. La ejecución de todas estas ayudas debe transformar el mercado interior de la energía e incidir en su independencia de los canales tradicionales de suministro. Desde el ángulo de la competencia, será la competencia entre operadores energéticos, la vigilancia de la Comisión y, en su caso, la intervención del TJUE, los que determinen el impacto sobre la competencia de todo este arsenal de ayudas públicas en los próximos años.

66. En este sentido, la salvaguarda de la competencia en sentido estricto en el mercado interior de la energía no parece ser una de las prioridades o al menos está subordinada a otras. Así se deduce, si atendemos a que la propia Red Europea de Competencia (ECN)⁶⁵ declaró que, al igual que se hizo para afrontar la crisis del Covid, ahora, para superar las turbulencias energético-económicas derivadas de la guerra de Ucrania “*La ECN entiende que esta situación extraordinaria puede desencadenar la necesidad de que las empresas aborden graves perturbaciones provocadas por el impacto de la guerra y/o de las sanciones en el Mercado Interior. Esto puede incluir, por ejemplo, la cooperación para (i) garantizar la compra, el suministro y la distribución justa de productos e insumos escasos; o (ii) mitigar graves consecuencias económicas, incluidas las derivadas del incumplimiento de las sanciones impuestas por la UE. Teniendo en cuenta las circunstancias actuales, las medidas de cooperación para mitigar el efecto de perturbaciones graves probablemente no equivaldrían a una restricción de la competencia... la ECN no intervendrá activamente frente a medidas estrictamente necesarias y temporales específicamente dirigidas a evitar las citadas perturbaciones severas provocadas por el impacto de la guerra y/o de las sanciones*”.

VI. El control de concentraciones empresariales y el mercado interior de la energía

67. La liberalización de los mercados nacionales de la energía desde la década de los 90 *en pro* de la configuración y consolidación del mercado interior de la energía han transformado el *modus operandi* de las empresas energéticas. Los históricos monopolios u oligopolios integrados verticalmente se han tenido que abrir a una competencia efectiva, eficiente, relevante y de alcance europeo con la consiguiente resistencia por parte de los operadores nacionales tradicionales. Esta apertura ha venido cambiando el modelo energético europeo separando la generación y el suministro energético⁶⁶, fomentando la interconexión para un mayor intercambio transfronterizo de energía y, en suma, creando las bases para un mercado interior de la energía que aún requiere una consolidación real.

68. La combinación de todos estos factores ha tenido un efecto claro en el comportamiento y las estrategias empresariales en el sector energético, ahora apremiadas por una mayor competencia tanto en el mercado nacional como en el europeo. Para hacer frente a este escenario emergente, las empresas energéticas o multi-energéticas deben emprender acciones para mantener su posición en el mercado nacional a la par que lograr una entrada o posicionamiento en nuevos mercados europeos. Una de las

⁶⁵ Antitrust: Joint statement by the European Competition Network (ECN) on the application of competition law in the context of the war in Ukraine, https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2022-03/202203_joint-statement_ecn_ukraine-war.pdf, (última consulta 10.1.2023)

⁶⁶ SWD (2016) 385 final, Commission Staff Working Document Accompanying the Document Report From The Commission Final Report of the Sector Inquiry on Capacity Mechanisms {COM (2016) 752 final}, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/?uri=CELEX:52016SC0385>, (última consulta 10.1.2023)

opciones estratégicas es emprender operaciones de integración empresarial⁶⁷ o concentraciones horizontales o verticales con otras empresas para continuar siendo competitivas.

69. La opción por una integración total o parcial con otros competidores o con otras empresas que son complementarias es legítima y necesaria en un mercado más paneuropeo, pero igual de dependiente del exterior. Esta opción, claramente, contribuye a consolidar el mercado interior de energía creando operadores energéticos de alcance europeo que se aprovechen de las economías de escala para ser competitivos globalmente y, a la vez, consolidar la reordenación industrial del mercado de la energía y sus actores. Sin embargo, este tipo de estrategias pueden generar un efecto significativo en la competencia en el mercado interior de la energía, con integraciones anticompetitivas, generando perjuicios a otros competidores y, sobre todo, a los consumidores europeos. Sin obviar, el perjuicio a los objetivos generales de la política energética de garantizar el suministro de energía de manera segura, limpia y asequible. Objetivos que se complementan con los perseguidos por la política de competencia centrados en evitar una disminución de oferentes, un aumento de los precios, una disminución de la calidad o de la innovación y una mejora de la productividad y el crecimiento económico.

70. El punto de equilibrio entre el interés de las empresas energéticas y el interés de profundizar el mercado interior de la energía competitivo, abierto, transparente y transeuropeo se encuentra en la regulación y control de las integraciones empresariales. En la UE, la regulación y control de las concentraciones no se encuentra en el Derecho originario sino en el Reglamento 139/2004⁶⁸ (RCE) cuyo objetivo es establecer una ventanilla única de control para aquellas modificaciones estructurales que afecten a más de un mercado nacional.

71. El análisis de este marco legal se puede estructurar en diferentes fases. En primer lugar, determinar cuándo se produce una operación de integración empresarial significativa y de dimensión comunitaria para que la supervise la Comisión Europea, autorizándola, condicionándola o prohibiéndola o remitiéndola a las autoridades nacionales de competencia (ANC). En segundo lugar, analizar los criterios para medir objetivamente el obstáculo significativo de la competencia -*OSCE/SIEC test*⁶⁹- ya que no se limita a que se logre o se refuerce una posición dominante a través de la concentración. En último lugar, la casuística de la Comisión Europea y, en su caso, la jurisprudencia del TJUE ofrecen una visión más clara de cómo se ha venido aplicando este marco regulatorio y sus efectos sobre el mercado interior de la energía.

72. En relación con la primera fase, la cuestión inicial es concretar cuándo estamos ante una operación de concentración o integración empresarial. La definición y tipología de operaciones está prevista en el artículo 3 del RCE. La disposición cubre las operaciones en las que se produce un cambio de control en la o las empresas afectadas de forma duradera y que, a resultas de este, se derive un cambio duradero en la estructura del mercado⁷⁰.

⁶⁷ S.B. FARMER, “Competition Policy and Merger Analysis in Deregulated and Newly Competitive Industries”. *Competition policy and merger analysis in deregulated and newly competitive industries*, Edward Elgar Pub, 2008, Penn State Legal Studies Research Paper No. 05-2008, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1138232>.

⁶⁸ Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas, DO L 24 de 29.1.2004, p. 1. Reglamento Ejecución (UE) 2023/914 de la Comisión, de 20 de abril de 2023 por el que se aplica el Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas y se deroga el Reglamento (CE) n.º 802/2004 de la Comisión, en DO L 119 de 5.5.2023, p. 22/102 y Comunicación de la Comisión sobre el procedimiento simplificado para tramitar determinadas operaciones de concentración con arreglo al Reglamento (CE) n.º 139/2004, DO C 366 de 14.12.2013, p. 5.

⁶⁹ T. KUHN, “The 16th Anniversary of the SIEC Test Under the EU Merger Regulation – Where Do We Stand?”. *Journal for Competition Law (Zeitschrift für Wettbewerbsrecht, ZWeR)* “The 15th Anniversary of the SIEC Test under the EU Merger Regulation – Where Do We Stand? Part 1” (ZWeR 2020, p. 1–51) and ‘Part 2’ (ZWeR 2020, p. 153–214), Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3635289> (última consulta 10.1.2023).

⁷⁰ Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia, realizada de conformidad con el Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52008XC0416%2808%29>, (última consulta 10.1.2023)

73. El apartado 1º del artículo 3 del RCE retiene diversas modalidades: bien mediante fusión de dos o más empresas anteriormente independientes creando una nueva; por absorción o; mediante la creación de una única unidad económica en términos operativos; por fusión de *facto*, bien mediante la adquisición de control individual o conjunto y la diversidad de fórmulas para lograrlo que van desde el disfrute de derechos de control directo o, indirecto, a través de fondos de inversión. En ambos casos, de conformidad con el apartado 2º y 3º del artículo 3 del RCE, lo relevante es que los medios de estas fórmulas societarias o de inversión, se traduzcan en la posibilidad, actual o potencial, de ejercer de manera efectiva una influencia decisiva en el control que puede ser exclusivo o conjunto entre dos o más empresas. Traduciéndose este control en unos posibles efectos duraderos en la estructura del mercado que afecten significativamente a la competencia efectiva. Quedan excluidas de esta definición, además de los supuestos contemplados en el apartado 5 del artículo 3 del RCE, las fórmulas de mera cooperación empresarial que quedarían cubiertas por el artículo 101 o 102 del TFUE

74. La empresa o empresas implicadas en una operación de concentración en los términos expuestos tendrá dimensión o interés para la UE cuando cuantitativamente reúnan los umbrales de volumen de negocios previstos en el artículo 1 del RCE y calculados conforme a lo establecido en el artículo 5 del RCE. Umbrales que atienden a un triple criterio geográfico -mundial, comunitario y transnacional sujeto a la regla de dos tercios- cuyo objetivo prioritario no es valorar la situación, peso económico e impacto competitivo en el mercado de las empresas implicadas en una concentración, sino responder a un criterio competencial para delimitar si será la Comisión Europea la que reciba la notificación -estándar o simplificada- prevista en el artículo 4 del RCE para efectuar la evaluación *ex ante* o serán las autoridades nacionales de competencia (ANC).

75. En el presente análisis se abordan sólo aquellas concentraciones de dimensión comunitaria evaluadas por la Comisión para garantizar que no originan un significativo impedimento de la competencia efectiva u *OSCE test*⁷¹. Desde la creación del marco normativo sustantivo de control de las concentraciones hasta diciembre 2020, se han prohibido sólo 30, 12 bajo el actual RCE, y sometido a una fase II de investigación en profundidad a 200⁷².

76. A la luz de este nivel de intervención es preciso, por lo tanto, analizar la segunda fase relativa a los criterios que utiliza la Comisión a la hora de evaluar una concentración notificada. La Comisión valora dos cuestiones complementarias previstas en el artículo 2 del RCE. Por un lado, si derivada de la concentración se produce la creación o fortalecimiento de una posición dominante en un producto o servicio previamente delimitado en un mercado geográfico dado. Por otro, fruto del *OSCE test*, en aquellas concentraciones que no dan lugar a una posición dominante, si se producen “*efectos anticompetitivos resultantes de la concentración de dos empresas que operan en el mismo mercado sin ningún tipo de coordinación con otros competidores («efectos no coordinados») ... si una concentración aumentaría el riesgo de coordinación entre la entidad resultante de la concentración y otras empresas («efectos coordinados») o si una concentración entre empresas que operan en mercados vertical o estrechamente vinculados daría lugar a la exclusión de los competidores («efectos verticales» y «efectos de conglomerado», respectivamente)*”⁷³. Salvo que las empresas afectadas puedan demostrar la creación de eficiencias que atenúen el daño ocasionado a la competencia efectiva significativa que debe primar en el mercado interior de la energía.

⁷¹ S. THOMAS, “The Known unknown: in search for a legal structure of the significance criterion of the SIEC test”, *Journal of Competition Law & Economics*, Volume 13, Issue 2, June 2017, Pages 346–387.

⁷² L. BERHANT, “Withdrawn and prohibited mergers cases in the EU”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2022, vol.13, nº 4, pp. 296-303. Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia, realizada de conformidad con el Reglamento (CE) nº139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52008XC0416%2808%29>, (última consulta 10.1.2023). SWD(2021) 66 final,26.3.2021, EVALUATION of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control {SEC(2021) 156 final} - {SWD(2021) 67 final, https://ec.europa.eu/competition/consultations/2021_merger_control/SWD_findings_of_evaluation.pdf, (última consulta 10.1.2023).

⁷³ COM (2014) 449 final, LIBRO BLANCO Hacia un control más eficaz de las concentraciones de empresas en la UE , <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A52014DC0449>, (última consulta 10.1.2023)

77. La valoración de estos efectos anticompetitivos, que pueden ser horizontales⁷⁴ o verticales⁷⁵ dependiendo si es una concentración entre empresas situadas en el mismo nivel de producción o si se encuentran en el nivel inferior o superior, se produce delimitando el mercado relevante afectado. Noción clave que se traduce en una metodología de análisis que implica definir dos mercados relevantes. Por un lado, el mercado del producto o servicio afectado. Por otro, el mercado geográfico afectado.

78. La Comisión recurre a tres pruebas principales⁷⁶ para acotar el mercado relevante afectado del producto o servicio y el geográfico. En primer lugar, evalúa el grado de sustituibilidad de la demanda. En segundo lugar, el grado de sustituibilidad de la oferta. En tercer lugar, el nivel de la competencia actual o potencial. Con la información obtenida establece ambos mercados y evalúa los efectos en el grado de competencia actual y potencial para decidir si la autoriza, la somete a condiciones o remedios⁷⁷, o la prohíbe.

79. Para concluir, puede ser clarificador referirse someramente a la casuística de la Comisión aplicando estos criterios al mercado interior de la energía recurriendo al RCE⁷⁸. El RCE se ha convertido no sólo en un instrumento de garantía de competencia sino también como marco legal para ejecutar una reorganización industrial entre los diferentes operadores europeos y extraeuropeos en el sector de la electricidad y del gas.

80. El 30 de marzo de 2021⁷⁹, la Comisión evaluó la concentración entre *Luminus* -perteneciente a *EDF Francia*- y *Essent Bélgica*, pese a detectar que existía un posible solapamiento horizontal y vertical entre las actividades de suministro minorista y producción de energía eléctrica en el mercado geográfico de Bélgica consideró la integración compatible y sin condiciones por la presencia relevante de *Engie* y otros competidores menores.

81. En el mercado de las energías renovables, la Comisión analizó la concentración entre *Siemens/Gamesa (Adwen)* el 13 de marzo de 2017⁸⁰. El mercado relevante del producto retenido para determinar los efectos significativos de la competencia se centró en los aerogeneradores terrestres y marinos en el mercado geográfico del Espacio Económico Europeo (EEE). En el análisis de la Comisión, se dedujo que las relaciones horizontales y verticales derivadas de la integración, habida cuenta de los importantes competidores existentes -*Vestas*, *GE/Alstom*, etc., - no generaría efectos significativos para la competencia en los aerogeneradores terrestres y marinos.

82. El 17 de septiembre de 2017⁸¹, en uno de los casos más relevantes en el sector de la electricidad y el gas, al recoger toda su experiencia previa en ambos sectores, la Comisión emitió su decisión sobre la concentración entre *E.ON/Innogy* (perteneciente a *RWE*) en Fase II por las dudas sobre la competencia que tenía esta operación en los mercados relevantes de Alemania, Chequia y Hungría, descartando Eslovaquia y Reino Unido. La concentración se ejecutó mediante un extenso intercambio de activos entre *E.ON* y *RWE*. A raíz del intercambio, *E.ON* sería activo en la operación de redes de

⁷⁴ Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas, DO C 31 de 5.2.2004, p. 5.

⁷⁵ Directrices para la evaluación de las concentraciones no horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas, DO C 265 de 18.10.2008, p. 6.

⁷⁶ Draft. Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law. https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2022-market-definition-notice_en, (última consulta 10.1.2023)

⁷⁷ N. DUNNE, “Commitment decisions in EU competition Law”, *Journal of Competition Law & Economics*, Volume 10, Issue 2, June 2014, Pages 399–444.

⁷⁸ S. BOGNER, S.M. GASSER, M. RAMMERSTORFER, “Mergers and acquisitions in European and North America Energy Markets: Empirical analysis of legal and ownership unbundling”, *Journal of Competition Law & Economics*, Volume 11, Issue 4, December 2015, Pages 935–954

⁷⁹ https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases1/202121/m10173_256_3.pdf, (última consulta 10.1.2023).

⁸⁰ https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8134_807_3.pdf, (última consulta 10.1.2023).

⁸¹ https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases1/202046/m8870_7862_3.pdf, (última consulta 10.1.2023).

distribución de electricidad y gas, así como en el suministro minorista en varios países europeos. *RWE* se centraría en las actividades de generación y venta al por mayor. *E.ON* y *RWE* firmaron un acuerdo definitivo el 12 de marzo de 2018.

83. La Comisión consideró que, como resultado de los efectos horizontales no coordinados derivados de la superposición de las actividades de las partes se producían posibles efectos negativos sobre la competencia que debían ser remediados. Así, en Alemania, la concentración obstaculizaría significativamente la competencia efectiva en los mercados de suministro minorista de calefacción, electricidad a hogares y pymes y el mercado para la instalación y operación de estaciones de carga de vehículos eléctricos públicos en autopistas; En República Checa, afectaría a los mercados de suministro minorista de electricidad, a clientes de baja tensión, el suministro minorista de gas a pequeños clientes y el suministro minorista de gas a grandes clientes. En Hungría, los efectos negativos se manifestarían en los mercados de suministro minorista de electricidad a clientes, pymes y el suministro minorista de electricidad a grandes clientes industriales.

84. Para obtener el beneplácito de la Comisión, las partes propusieron una serie de compromisos en cada uno de los mercados geográficos afectados (Alemania, Chequia y Hungría) y en los mercados relevantes de los productos o servicios afectados negativamente por la concentración. Los compromisos en los tres mercados geográficos pueden sintetizarse en la adopción de un plan de desinversiones en las actividades y servicios delimitados, con una cesión de cartera de clientes y venta de activos a empresas con experiencia en el sector.

85. Si contrastamos estos compromisos con los que se impuso a *E.ON* en su adquisición de *MOL* (Hungría) mediante la decisión de 21 de diciembre de 2005⁸², podemos concluir la necesidad para los servicios de la Comisión de contrastar históricamente sus decisiones puesto que la expansión de *E.ON* y *RWE* mediante concentraciones desde la liberalización ha sido de alto impacto para una competencia significativa en el mercado interior de la energía. Esta permisividad sólo puede entenderse si la intención implícita de la Comisión hubiera sido la creación de super-campeones europeos en el sector energético europeo facilitando las eficiencias que podrían generar a nivel europeo.

86. Sin embargo, este postulado se debilita si se analizan las decisiones que han recaído en las concentraciones en el mercado del gas en las que ha venido participando *Gazprom*, de manera directa o a través de sus múltiples y diversas formas societarias que adopta el gigante ruso en la UE y fuera de ella. El posicionamiento de *Gazprom* en el territorio de la UE, cuyas consecuencias se han vivido a partir de la invasión rusa de Ucrania, se remontan a la liberalización y ha permitido una penetración y dependencia debilitante para la UE, así como unas alianzas indirectas con importantes operadores europeos como *E.ON* y *RWE* entre otros.

87. A título ejemplificativo se pueden ver las concentraciones notificadas por *Gazprom* en los asuntos *E.ON/MOL* referido, en la que *E.ON* coincide en una *joint venture* con *Gazprom*, en el asunto *Wingas/ZGHG (Gazprom)/JV* de 21 abril de 2006⁸³, en el asunto *Centrext/ZMB/ENIA/JV* de 8 de agosto de 2008, en el asunto *Gazprom/A2A/JV* de 16 de junio de 2010⁸⁴, en el asunto *Gazprom/Schewiez/Promgas* de 2 de diciembre de 2011⁸⁵, en el asunto *Gazprom/Wintershall/Target Companies* de 3 de diciembre de 2013⁸⁶, en el asunto *Fortum/GAO Gazprom/As EESTI GAS/AS vorguteenus Valdis* de 7 de agosto de 2014⁸⁷.

⁸² https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m3696_20051221_20600_en.pdf, (última consulta 10.1.2023)

⁸³ https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4020_20060421_20310_en.pdf, (última consulta 10.1.2023)

⁸⁴ https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/M5740_20100616_20310_775998_EN.pdf, (última consulta 10.1.2023)

⁸⁵ https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m6409_20111202_20310_2112416_EN.pdf

⁸⁶ https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m6910_1109_2.pdf, (última consulta 10.1.2023)

⁸⁷ https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7272_20140807_20310_3813641_EN.pdf, (última consulta 10.1.2023)

88. Esta expansión estratégica aprobada por la Comisión Europea y la ausencia de sanción por el abuso de posición dominante en los mercados de gas de Europa central y oriental han contribuido al potente posicionamiento de *Gazprom*. A la luz de la situación geopolítica actual quizás habría que haber actuado de manera más contundente desde el ángulo del Derecho de la competencia. *Gazprom*, ante los sucesivos paquetes de sanciones impuestos por la UE a Rusia y sus empresas estatales o por sus siglas en inglés “*SOEs*”, ha reorientado su estrategia hacia otros mercados, especialmente, el chino y el serbio. Su estrategia diversificadora fuera de la UE también ha sido aprobada por la Comisión, entre otros, en los asuntos *SINOPEC/Novatek/Gazprombank/SINOVA*, el 3 de marzo de 2020⁸⁸, para la creación del gaseoducto hacia China “poder de Siberia”, y los asuntos *NIS/HIPP* de 24 de agosto de 2022 y *MERenewables/O zone (Gazprom) /NIS energowind*⁸⁹ en el mercado serbio.

VII. Consideraciones finales

89. La consecución de un mercado interior de la energía aún no se ha logrado. Los diferentes procesos de armonización normativa y su implementación en los Estados miembros distan de haber logrado sus objetivos. La idiosincrasia del mercado de la energía de electricidad y gas y las resistencias encontradas anticipan la necesidad de acometer nuevas iniciativas legislativas que consoliden los pasos dados en ambos mercados. Sería deseable que para garantizar un resultado más homogéneo a nivel de la UE se recurriera a Reglamentos en lugar de Directivas para evitar interpretaciones o adaptaciones diversas que obstaculicen el mercado interior de la energía.

90. Las lagunas legales existentes en el mercado interior de la energía requieren una supervisión europea para evitar que las estructuras resultantes en los respectivos mercados energéticos nacionales y el comportamiento de las empresas, tanto europeas como extra-europeas, no conduzcan a mantener una compartimentación de un mercado interior de la energía.

91. El logro de un mercado interior de la energía debe caracterizarse por ser competitivo, abierto, transparente y transeuropeo. Estas características deben salvaguardarse con la aplicación de las normas de competencia de la UE en sus diferentes niveles de intervención. Los acuerdos o prácticas restrictivas entre los operadores en el mercado de la energía, los abusos de posición dominante en un mercado complejo derivado de su condición de industria basada en infraestructura de redes, la creación de sistemas de ayudas públicas opacas y las integraciones empresariales como estrategias para reforzar prácticas restrictivas o reforzar posiciones dominantes requieren de un vigilancia activa y contundente para evitar retrasar la existencia de un mercado interior de la energía competitivo y generador de beneficios para los consumidores europeos.

92. La casuística analizada sobre la aplicación de la normativa de competencia evidencia que la Comisión Europea ha pretendido facilitar diversos procesos de reordenación industrial del mercado interior de la energía, pero menoscabando una aplicación objetiva de los objetivos del Derecho de la competencia. Es de esperar que las dependencias externas generadas con suministradores internacionales, con relevantes efectos negativos, sirvan de lección para abordar a partir de ahora una mayor consolidación del mercado interior de la energía con un nivel de competencia efectiva. Para ello, se deben adoptar las sanciones oportunas que sirvan de advertencia a las empresas energéticas que operan en el mercado europeo en lugar de aceptar compromisos discutibles, que privan a los consumidores afectados de las vías de reclamación nacionales.

⁸⁸ https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m9742_52_3.pdf, (última consulta 10.1.2023)

⁸⁹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022M10612&from=ES> https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m9133_55_3.pdf, (última consulta 10.1.2023).

93. Desde el ángulo de los operadores en el mercado de la energía, la experiencia adquirida muestra como existe una tendencia natural a mantener una tipología de contratos en el sector eléctrico y gas, así como abusos de posición dominante e integraciones empresariales que evidencian los intentos de mantener segmentados los mercados nacionales. Compartimentación que impide la existencia de un mercado interior de la energía en toda su extensión y del que puedan beneficiarse los consumidores europeos en precios, calidad de servicios, desarrollo tecnológico y con una pluralidad de operadores tanto en el mercado ascendente como descendente de la energía.

La relación de los taxis-VTC y los conceptos autónomos del Derecho Europeo

The VTC-taxi relationship and the autonomous concepts of European Law

NATIVIDAD GOÑI URRIZA
Profesora Titular
Universidad Pública de Navarra
ORCID ID 0000-0003-0119-3249

Recibido:09.01.2024 / Aceptado:22.01.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8423

Resumen: La legislación española que regula los servicios ejecutados por los taxis y las VTC han contenido tradicionalmente numerosas restricciones al acceso y al ejercicio de la actividad. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de junio de 2023 en el asunto *Prestige & Limousine y AMB* viene a derogar la posibilidad de condicionar las autorizaciones de las VTC al número de las autorizaciones de taxis concedidas. Sorprendentemente, continúan confirmándose por los tribunales españoles esta y otras restricciones e introduciéndose nuevas medidas limitativas a favor del servicio del taxi y en claro perjuicio de otras empresas de transporte privado. El análisis de los conceptos europeos del Derecho de la Unión en materia de libre acceso y ejercicio de actividades económicas lleva a exigir una modificación de la jurisprudencia recaída sobre esta materia en los tribunales españoles, en general, y en el Tribunal Supremo, en particular.

Palabras clave: Transporte de personas, taxi, VTC, licencias, conceptos autónomos del Derecho de la Unión.

Abstract: Spanish legislation regarding taxis and VTC services has traditionally contained numerous restrictions on access to and exercise of the activity. The judgment of the Court of Justice of the European Union of 8 June 2023 in the *Prestige & Limousine and AMB* case repeals the possibility of making VTC licences conditional on the number of taxi licences granted. Surprisingly, this and other restrictions continue to be upheld by the Spanish courts and the legislator introduces new restrictive measures in favour of taxi services and to the clear detriment of other private transport companies, after that judgment. An analysis of the European concepts of EU law on free access to and exercise of economic activities calls for a change in the case law on this matter in the Spanish courts in general and in the Supreme Court in particular.

Keywords: natural-persons transport, taxi, VTC, licences, autonomous concepts of EU Law.

Sumario: I. El Derecho europeo como referente de la libertad de empresa II. La libertad de empresa como Derecho Fundamental. III. Identificación del régimen aplicable a la actividad del taxi y de las VTC. 1) Exclusión del servicio de transporte del Derecho armonizado. 2) Aplicación del régimen subsidiario del Tratado de Funcionamiento. IV. La sentencia del TJUE en el caso *Prestige & Limousine S.L.* 1) Las restricciones al acceso y al ejercicio de las VTC. A) Los límites cuantitativos a la entrada. B) Obtención de una segunda licencia de ámbito territorial urbano. 2) La justificación por una razón imperiosa de interés general. 3) La evaluación de la proporcionalidad. A) De

la restricción al número de licencias. B) Del requisito de la segunda licencia. V. Valoración de las restricciones a la libertad de empresa en el sector del taxi y las VTC en la normativa interna. VI. La evaluación de las restricciones por la jurisprudencia española. 1) La valoración de las restricciones relativas a la precontratación, la prohibición de transmisión de autorizaciones y la limitación de los servicios prestados. 2) La valoración de las restricciones cuantitativas a la entrada y al servicio de las VTC en la STS de 4 de junio de 2018. A) Premisa que ignora los conceptos propios del Derecho de la Unión. B) Las razones imperiosas de interés general de la LGUM. C) La prohibición de requisitos de carácter económico. D) Análisis de la necesidad y la proporcionalidad de las distintas restricciones a las VTC. 3) Las sentencias españolas posteriores a la sentencia del TJUE de junio de 2023. VII. Los servicios de transporte del taxi ¿Servicios de Interés Económico General? 1) Los servicios de interés económico general en el Derecho de la Unión. 2) La naturaleza del servicio del taxi en la legislación española. VIII. Reflexión final.

I. El Derecho europeo como referente de la libertad de empresa

1. La respuesta del legislador español a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de junio de 2023, mediante la aprobación, 20 días después, del Real Decreto Ley 5/2023, refleja el desconocimiento por parte ciertos órganos jurisdiccionales y autoridades públicas españolas de la naturaleza otorgada a ciertos conceptos que deben calificarse de *conceptos europeos* por parte del TJUE¹.

2. Las tradiciones jurídicas y los conceptos jurídicos nacionales tienen un gran peso en la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales españoles que impiden, en ocasiones, la aplicación efectiva de las libertades económicas garantizadas en el mercado interior. Las nociones de restricción, de servicios de interés económico general y de razón imperiosa de interés general incorporados a nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 17/2009, sobre el libre acceso a las actividades económicas, que traspone la Directiva de servicios y de la Ley 20/2013, de garantía de unidad de mercado (LGUM) tienen su origen en Derecho europeo y su correcta asimilación mejoraría el acceso y el ejercicio de actividades económicas en España². El método estructurado de evaluación de la necesidad y la proporcionalidad de las medidas limitativas de la libertad de empresa aplicado de manera sistemática por el TJUE varía del análisis realizado por los tribunales españoles.

3. El régimen español del taxi relativo al servicio de transporte urbano e interurbano terrestre -profusamente regulado- y las distintas resoluciones españolas recaídas al respecto son una muestra de esa falta de efectividad. La incorporación en España de empresas de arrendamiento de vehículos de transporte privado con conductor (en adelante, VTC), como UBER o Cabify ha endurecido las condiciones de competencia en el mercado del transporte terrestre y la respuesta del legislador español ha sido incorporar restricciones tanto al acceso como al ejercicio de las actividades de las VTC³.

Estas empresas operan con licencias VTC, que son títulos legítimos que habilitan por tiempo indefinido para la prestación de servicios de transporte urbanos e interurbanos con conductor, han entrado en el mercado ofreciendo un servicio competitivo en precio mediante la utilización de la contratación

¹ STJUE de 8 de junio de 2023, *Prestige & Limousine y AMB*, C-50/21, EUC:2023: 448 y Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea. BOE núm. 154, de 29 de junio de 2023.

² Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, BOE núm. 283, de 24 de noviembre de 2009 y Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2013.

³ El Abogado General destaca la complejidad de los mercados en transición, particularmente si el mercado está sometido a cierto grado de regulación que dificulta la entrada de nuevos operadores económicos, más aún cuando hacen uso modelos de negocio distintos. Conclusiones del Abogado General, Maciej Szpunar de 15 de diciembre de 2022, C-50/21, EU:C:2022:997.

en línea. La regulación estatal dirigida al sector del taxi ha pretendido protegerlo de estos competidores, con la finalidad de que este sector subsista y siga siendo viable económicamente frente a nuevos prestadores del mismo servicio que, sin embargo, lo prestan de una manera mucho más eficiente y moderna, a menor coste y mayor comodidad del consumidor.

4. El Real Decreto Ley 5/2023, al que se ha hecho referencia, modifica, entre otras, la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres (en adelante LOTT) e intenta cambiar la naturaleza jurídica del servicio del taxi, a través de la declaración en su artículo 151 del transporte de viajeros en taxi como servicio de interés público⁴. Dicha disposición establece que, como consecuencia de esta clasificación, los instrumentos de planificación y ejecución de políticas públicas deberán garantizar la prestación de un servicio de calidad para todos los usuarios, no discriminatorio y con una cobertura de prestación suficiente y continua, mediante la adopción de las medidas que determinen y delimiten la naturaleza, duración y alcance de las obligaciones correspondientes. Intenta así el legislador español, como se verá a continuación, eludir la aplicación del Derecho Europeo que garantiza las libertades económicas en los Estados miembros.

5. Los conceptos europeos aplicables en el sector del transporte de personas por derivan de la libertad de establecimiento consagrada en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (artículo 49-55 TFUE)⁵. Esta libertad, junto con la libre prestación de servicios (arts. 56 a 62 TFUE), configuran las libertades básicas del mercado interior europeo en el sector servicios⁶. Ambas se refieren a la posibilidad de que un persona física o jurídica realice actividades económicas independientes en un Estado miembro de la Unión Europea sin discriminación y sin restricciones que no estén justificadas⁷.

Las empresas (VTC) ejercen su derecho de establecimiento al establecerse en España y prestar de manera estable desde este territorio sus servicios, por lo que el régimen interno de acceso y ejercicio debe ser compatible con la libertad de establecimiento.

6. La STJUE de 8 de junio de 2023 en el caso *Prestige & Limousine S.L.* -cuyas conclusiones son sustancialmente diferentes a las conclusiones sostenidas por el Tribunal Supremo unos años antes- acerca de las limitaciones impuestas normativamente por las Administraciones territoriales de nuestro país a la prestación del servicio de transporte por los operadores de VTC ofrece un ejemplo digno de análisis sobre la aplicación de estos *conceptos autónomos, conceptos europeos*⁸.

II. La libertad de empresa como Derecho Fundamental

7. La libertad de empresa está consagrada tanto en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) como en la Constitución Española.

8. Por un lado, el artículo 16 CDFUE reconoce la libertad de empresa “de conformidad con el derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales”⁹. Se configura esta libertad, no es absoluta, sino que se ejercerá en el marco del Derecho de la Unión y de las legislaciones y prácticas nacionales.

Tratándose de una competencia compartida, en virtud del artículo 4.2, letra a del TFUE, los Estados miembros puede regular el acceso y el ejercicio de las actividades en este marco de la libertad fundamental de empresa. Sin embargo, el sistema de fuentes en la Unión ya prevé que legislación interna

⁴ Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres. BOE núm. 182, 31 de julio de 1987.

⁵ BARNARD, C., *The Substantive Law of the EU. The four freedoms*. Oxford, Capítulo 11, 2022, págs. 400 a 427.

⁶ CRAIG P./ DE BÚRCA G., *EU Law. Texts, cases and materials*. Oxford, 2020, págs. 832-833.

⁷ GOÑI URRIZA, N., *La libre circulación de servicios en la Unión Europea. El régimen de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios y su aplicación por los tribunales españoles*, Bosch, Madrid, 2023, págs. 31-36.

⁸ DOMENECH PASCUAL, G. En Luxemburgo sí hay jueces. A propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso de las VTC. Obtenido de Hay Derecho, 2023.

⁹ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01), elaborada en diciembre del 2000, con fuerza vinculante desde su entrada en vigor el 1 de diciembre de 2009, DO C 83, de 30 de marzo de 2010.

de un Estado miembro no puede contradecir en modo alguno lo dispuesto en los tratados de la UE, ni lo previsto en el derecho derivado. Al no existir normas de derecho derivado aplicables a la actividad de los taxis y de las VTC, el régimen español de prestación del servicio de transporte terrestre por carretera de la LOTT y del ROTT y el Derecho de establecimiento del artículo 49 TFUE constituyen las normas en las que se enmarca el ejercicio de esta libertad.

9. La libertad de empresa de la Carta abarca el derecho de ejercer una actividad económica, la libertad contractual y la de la libre competencia¹⁰. Su aplicación es de gran relevancia en la evaluación sobre la proporcionalidad de la medida estatal restrictiva que puede vulnerar el Derecho de establecimiento en la Unión. Así, un régimen estricto de regulación de los despidos colectivos que los somete a autorización y al cumplimiento de rigurosos criterios puede vulnerar la libertad de empresa de la Carta por no superar el principio de proporcionalidad¹¹.

10. Por otro lado, la Constitución Española consagra esta libertad en el artículo 38, libertad que implica un derecho directamente aplicable por los tribunales. De acuerdo con el artículo 53.1 del Texto Fundamental, es una de las libertades que vinculan a todos los poderes públicos y que está sometida a reserva de ley que “en todo caso deberá respetar su contenido esencial”.

Sin embargo, esta libertad de empresa siempre ha estado sometida a una interpretación jurisprudencial extremadamente restrictiva¹². Materias o aspectos que afectaban en esencia a la libertad de empresa han sido regulados por instrumentos normativos de categoría inferior a la ley, con la justificación de que su contenido no afectaba al núcleo esencial de dicha libertad estableciendo, por esta vía, limitaciones de claro carácter desproporcionado¹³.

11. El Tribunal Constitucional ha mantenido el control de una medida legislativa de acuerdo con las exigencias del principio de proporcionalidad en dos fases: en primer lugar, se examina si la normativa (que en este caso sería restrictiva y limitativa) persigue una finalidad constitucionalmente legítima y; en segundo lugar, se verifica si la medida normativa logra ese objetivo constitucional de un modo proporcionado. Esta segunda fase supone que haya una adecuación de la medida al objetivo propuesto (idoneidad), la necesidad de la medida para alcanzar su objetivo, es decir, que no hubiera ninguna medida menos restrictiva e igual de eficaz (necesidad), y, por último, que de la medida se derivaran más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (proporcionalidad en sentido estricto)¹⁴.

El control de proporcionalidad realizado por el TC ha sido muy laxo en comparación con el realizado por el TJUE en aplicación del artículo 49 TFUE, como se verá a continuación¹⁵. Este tipo de control puede explicar la jurisprudencia del Tribunal Supremo al valorar las limitaciones a la libertad de empresa y su justificación. Conforme a la jurisprudencia del TC “del artículo 38 CE no puede derivarse sin más el derecho a acometer cualquier empresa o a ejercerla sin traba ni limitación de ningún tipo, sino solo el derecho de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial, cuyo ejercicio está disciplinado por normas de muy distinto orden, o lo que es lo mismo, a ejercer esa actividad con plena sujeción a la normativa sobre ordenación del mercado y de la actividad económica general.”¹⁶.

Igualmente indica que las condiciones que impongan el Estado, las Comunidades Autónomas y los entes locales deben “ajustarse a un canon de razonabilidad en el sentido de que respondan a un

¹⁰ STJUE de 22 de enero de 2013, *Sky Österreich*, C-283/11, apdo. 42, EU:C:2013:28.

¹¹ STJUE de 21 de diciembre de 2016, *AGET Iraklis*, C-201/15, apdos. 82-95, EU:C:2016:972 y EVERSON, M./CORREIA GONÇALVES, R., «Article 16. Freedom to conduct a Business» en PEERS, STEVE; HERVEY, TAMARA, KENNER, JEFF Y WARD, ANGELA, *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Hart Publishing, 2014, págs. 437-464.

¹² STC de 21 de febrero de 2022, 23/2022, ES:TC:2022:23.

¹³ DOMENECH PASCUAL, G. En Luxemburgo sí hay jueces. A propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso de las VTC. Obtenido de Hay Derecho, 2023.

¹⁴ *Ibidem*, FJ 3, apartado B), subapartado c).

¹⁵ STC de 21 de febrero de 2023, núm. 7/2023, ES:TC:2023:7.

¹⁶ *Ibidem*, FJ 6.

objetivo constitucionalmente legítimo y sean idóneas o adecuadas para conseguirlo (..) el canon ha de ser más incisivo si los requisitos o condiciones a la libertad de empresa afectan, no ya a su desarrollo o ejercicio, sino al acceso mismo al mercado”.

Por lo tanto, si bien mantiene el TC el criterio de la idoneidad, no utiliza el criterio de la necesidad, sino que analiza si la restricción es “razonable”, lo cual da un margen mucho más amplio para el establecimiento de limitaciones por una gama más amplia de instrumentos normativos, no quedando limitado a la ley.

Además, si la restricción se encuentra amparada por una ley parece que el Derecho a la libertad de empresa del artículo 38 CE no supone ningún límite a la discrecionalidad del legislador dado que, hasta el momento, ninguna sentencia del TC ha declarado inconstitucional una ley por infracción de dicha disposición¹⁷. Los casos de anulación de restricciones de las actividades de las VTC acordadas por los órganos jurisdiccionales españoles han derivado de la contradicción con la LGUM¹⁸. La jurisprudencia española ha asumido que las disposiciones de esta última norma, en particular, “el artículo 5 supone el sometimiento de todas aquellas regulaciones públicas que limiten o condicionen el libre acceso y el libre ejercicio de las actividades económicas a un escrutinio más incisivo que aquel que se deriva directamente del art. 38 de la CE, pues de acuerdo con la doctrina de este Tribunal que ha interpretado este último precepto, “cuando se trata de regulaciones que afectan al ejercicio de una actividad empresarial, sin afectar al propio acceso a la misma” ...¹⁹. La sentencia del TJUE en el caso *Prestige & Limousine S.L.* viene a reafirmar la necesidad de una verificación más rigurosa de los requisitos que deben cumplir las restricciones a la libertad económica.

III. Identificación del régimen aplicable a la actividad del taxi y de las VTC

1. Exclusión del servicio de transporte del Derecho armonizado

12. Con el fin de facilitar el ejercicio de las libertades de establecimiento y prestación de servicios se adoptó la Directiva 2006/123/CE de servicios en el mercado interior²⁰. El propósito de esta norma, que positiviza la doctrina del TJUE sobre la interpretación de los artículos del Tratado de Funcionamiento relativos a la libre circulación de los servicios es la supresión de los obstáculos y barreras que entorpecen la libre prestación de servicios en el territorio de los Estados miembros para que el mercado interior sea más competitivo, se fomente el crecimiento económico y la creación de puestos de trabajo, se presenten mejores servicios a los consumidores y las empresas puedan actuar en mejores condiciones de desarrollo²¹.

Sin embargo, de acuerdo con el artículo 2 de la propia Directiva, que desarrolla su ámbito de aplicación, esta no se aplica a los servicios en el ámbito del transporte. La exclusión contemplada en el artículo 2.2, letra d) alcanza todos los servicios de transporte que entren dentro del ámbito de aplicación del Título V del TFUE. Por tanto, la Directiva de servicios no se aplica al transporte aéreo, marítimo y fluvial, incluidos los servicios portuarios; el terrestre por carretera y ferrocarril, englobando también el transporte urbano como los taxis y las ambulancias²².

El TJUE ha interpretado la exclusión de la letra d) para el transporte en el sentido de que comprende «no solo toda actividad física de desplazamiento de personas o mercancías de un lugar a otro

¹⁷ DOMENECH PASCUAL, G. En Luxemburgo sí hay jueces. A propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso de las VTC. Obtenido de Hay Derecho, 2023.

¹⁸ STS de 6 de marzo de 2020, núm. 332/2020, ES:TS:2020:731, FJ 6 y STS de 29 de diciembre de 2021, núm. 1592/2021, ES:TS:2021:4894.

¹⁹ La SAN de 22 de junio de 2023, núm. recurso 1/2018, ES:AN:2023:3445, citando la STC de 10 de abril de 2014, núm. 53/2014.

²⁰ Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, que entró en vigor el 28 de diciembre de 2006, DO L XXX.

²¹ BARNARD, C., *The Substantive Law of the EU. The four freedoms*. Oxford, 2022., págs. 449-461.

²² Manual sobre la transposición de la Directiva de servicios, 2007, pág. 10.

por medio de un vehículo, aeronave o embarcación», sino también «cualquier servicio ligado a dicha actividad de forma inherente» por lo que ha excluido de la aplicación de la Directiva de servicios los servicios de Uber²³. Para delimitar el alcance de esta exclusión es necesario hacer una diferenciación entre los servicios ligados de forma «inherente» a la actividad física de desplazamiento de personas o mercancías de un lugar a otro» mediante la utilización de algún medio de transporte y los servicios que tienen una finalidad distinta al desplazamiento de personas o mercancías»²⁴.

2. Aplicación del régimen subsidiario del Tratado de Funcionamiento

13. Excluida la aplicación de la Directiva de servicios a la actividad económica realizada por los taxis y las VTC, su regulación a nivel nacional queda sometida a las normas básicas del TFUE. El artículo 49 TFUE prohíbe las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. Esta libertad de establecimiento actúa como límite a esta competencia estatal de regular el ejercicio de las actividades económicas en su territorio. Esta libertad de establecimiento acota en un doble sentido la competencia estatal, por un lado, los Estados miembros tienen prohibido adoptar medidas discriminatorias y, por otro lado, los Estados miembros tampoco pueden adoptar o mantener «restricciones» que obstaculicen el acceso o el ejercicio de dichas actividades que no estén justificadas.

14. El TJUE ha mantenido un concepto amplio de restricción y, de acuerdo con su consolidada jurisprudencia, es una restricción toda medida que prohíba, impida, o dificulte el ejercicio de actividades económicas²⁵.

Estas restricciones no sólo pueden afectar al *acceso* al mercado de los servicios de los taxis y las VTC -incluyendo números clausus de licencias- sino también al *ejercicio* de la actividad -mediante la fijación de los precios-, por ejemplo. En virtud de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia el concepto de restricción alcanza no sólo a las reglas discriminatorias sino también a las adoptadas por los Estados que, «aunque sean indistintamente aplicables, afectan al acceso al mercado de las empresas de otros Estados miembros y obstaculizan así el comercio intracomunitario»²⁶.

La jurisprudencia del TJUE dictada desde la instauración del mercado único refleja que una gran variedad de medidas estatales puede calificarse de restricciones a la libertad de establecimiento, así, por ejemplo, la reserva de ciertas actividades a determinadas empresas²⁷. También se ha entendido que es una restricción la normativa nacional que supedita el establecimiento de una empresa a la obtención de una autorización previa²⁸. La exigencia de la autorización puede entorpecer el ejercicio de la libertad de establecimiento por la empresa ya que le impide desarrollar libremente sus actividades a través de un establecimiento permanente.

15. El Tratado de Funcionamiento establece por tanto el principio de libertad de acceso y ejercicio de actividades económicas, de tal manera que las medidas estatales que constituyan *restricciones* son, en principio, contrarias al artículo 49 TFUE, salvo que estén justificadas en una razón contemplada en el propio TFUE o que cumplan cuatro requisitos: que se apliquen de manera no discriminatoria, que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la consecución del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicha finalidad²⁹.

²³ STJUE de 15 de octubre de 2015, *Grupo Itevelesa y otros*, C-168/14, apdo. 46, EU:C:2015:685 y de 20 de diciembre de 2017, *Asociación Profesional Élite Taxi*, C-434/15, apdo. 41, EU:C:2017:981.

²⁴ STJUE de 19 de enero de 2023, *CNAE y Audica*, C-292/21, apdo. 34, EU:C:2023:32.

²⁵ STJUE de 31 de marzo de 1993, *Kraus*, C-19/92, apdo. 32, EU:C:1993:125; STJUE de 25 de octubre de 2017, *Polbud-Wykonawstwo*, C-106/16, apdo. 46, EU:C:2017:804 y STJUE de 27 de febrero de 2019, *Associação Peço a Palavra y otros*, C-563/17, apdo. 54, EU:C:2019:144.

²⁶ STJUE de 28 de abril de 2009, *Comisión c. Italia*, C-518/06, apdo. 64, EU:C:2009: 270.

²⁷ STJUE de 30 de marzo de 2006, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti Srl v Giuseppe Calafiori*, C-451/03, apdo. 35, EU:C:2006:208.

²⁸ STJUE de 1 de junio de 2010, *Blanco Pérez y Chao Gómez*, C-570/07 y C-571/07, apdo.54, EU:C:2010:300.

²⁹ STJUE de 19 de junio de 2019, *Memira Holding*, C-607/17, apdo. 25, EU:C:2019:510.

La exclusión de este principio básico de libertad previstas en el Tratado relativa a las actividades relacionadas con el poder público (artículo 51 TFUE) y las justificaciones de orden público, seguridad y salud públicas (artículo 52 TFUE) se han considerado taxativas y se han interpretado de manera muy restrictiva. De este modo, objetivos de política económica, como garantizar ingresos a una fundación pública nacional procedentes de publicidad, no constituyen razones de orden público³⁰. En cambio, las posibles justificaciones basadas en una razón imperiosa de interés general son aplicables a los servicios prestados por los taxis y las VTC como se verá a continuación.

IV. La sentencia del TJUE en el caso *Prestige & Limousine S.L.*

1. Las restricciones al acceso y al ejercicio de las VTC

16. En el asunto *Prestige & Limousine S.L.* se valora la legislación de la conurbanización de Barcelona que determina el acceso a la prestación de los servicios de transporte por los taxis y las VTC³¹. Esta normativa establece dos medidas restrictivas que dificultan el ejercicio de la libertad de establecimiento a las empresas VTC en dicho ámbito territorial: por un lado la ratio 1/30, y por otro lado, el requisito de una segunda licencia. Ambas medidas fueron impugnadas por empresas del sector de las VTC, que dio lugar a la cuestión prejudicial que resolvió el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 15 de diciembre de 2023. La aplicación al caso del artículo 49 TFUE se desprende de la jurisprudencia *Ullens de Shooten* en cuya virtud, esta disposición se aplica, entre otras, a la situación en la que no cabe excluir que nacionales establecidos en otros Estados miembros hubieran estado o estuvieran interesados en hacer uso de esas libertades para ejercer actividades en el territorio del Estado miembro que aprobó la normativa nacional en cuestión y, por lo tanto, que esta normativa, aplicable indistintamente a los nacionales de ese Estado y a los nacionales de otros Estados miembros, pudiera producir efectos que no estuvieran circunscritos a ese Estado miembro³².

Descartada la aplicación de la exclusión del artículo 51 TFUE y las razones tasadas del artículo 52 TFUE que podrían justificar las medidas restrictivas españolas, sólo razones imperiosas de interés general podrían salvarlas si son, además, proporcionales al objetivo pretendido³³.

17. La empresa *Prestige & Limousine S.L. (P&L)*, empresa con licencia para prestar servicios de VTC dentro del Área Metropolitana de Barcelona (en adelante, AMB) solicita la anulación del precepto del Reglamento de ordenación de la actividad de transporte urbano discrecional de viajeros con conductor en vehículos de hasta nueve plazas en el ámbito del AMB (RVTC) que somete a un límite el número de licencias de VTC, resultando en una limitación de una licencia de VTC por cada 30 licencias de taxi. En segundo lugar, solicita la anulación de la disposición del RVTC que establece el requisito de una segunda licencia para que las VTC puedan operar en su ámbito territorial urbano.

Se cuestiona la compatibilidad de estos dos límites con la libertad de establecimiento del artículo 49 TFUE, aplicable, como se ha indicado, también al sector del transporte. Tanto la segunda autorización como la ratio 1/30 son, de acuerdo con la jurisprudencia consolidada del TJUE, *restricciones* a la libertad de establecimiento para todos aquellos que deseen prestar el servicio de VTC en territorio español. Por lo tanto, el asunto en cuestión queda reducido a la cuestión de si estas restricciones están justificadas o no de acuerdo con la legislación europea.

³⁰ STJUE de 26 de abril de 1988, *Bon van Adverteerders y otros*, asunto 352/85, apdo. 34, EU:C:1988:196.

³¹ Reglamento de ordenación de la actividad de transporte urbano discrecional de viajeros con conductor de vehículos de hasta nueve plazas que circula íntegramente en el ámbito del Área Metropolitana de Barcelona, del Consejo Metropolitano del Área Metropolitana de Barcelona, de 26 de junio de 2018, BOPB de 9 de julio de 2018.

³² STJUE de 15 de noviembre de 2016, *Ullens de Shooten*, C-268/15, apdo. 47, EU:C:2016:874.

³³ VOGEL, L., *Droit du Marché Intérieur*; Coédition LawLex-Bruylant, Paris, págs. 178-184.

A) Los límites cuantitativos a la entrada

18. En primer lugar, en el asunto resuelto por el TJUE se analiza la compatibilidad con el Derecho de establecimiento del artículo 10 del RVTC que establece que el AMB establecerá un número máximo de licencias para garantizar que los servicios de transporte público sean tanto suficientes como de alta calidad, así como para que los prestadores de este servicio lo encuentren rentable³⁴. La Disposición Transitoria del Reglamento fija el límite de licencias en el impuesto por la legislación estatal, es decir, una por cada 30 licencias de taxi.

Esta normativa de la conurbanización de Barcelona mantiene, por tanto, la restricción del artículo 48.3 de la LOTT, que autoriza a la regulación autonómica la limitación de licencias. En el caso, la restricción puede hacer en la práctica imposible la prestación del servicio por las empresas de VTC.

19. Las justificaciones para introducir estas restricciones, de acuerdo con el AMB, son varias: la amenaza que presentan las VTC a la viabilidad económica de los taxis, la intensificación del transporte en las carreteras, y la protección ambiental. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, órgano judicial que eleva la cuestión prejudicial, ya descartó que consideraciones económicas pudieran ser la base del Reglamento local, asimismo, consideró que el AMB no tuvo en cuenta que las VTC pueden ayudar a reducir el uso de las carreteras por vehículos privados, y que se podían establecer medidas menos restrictivas para la protección del medio ambiente, como el empleo de coches de contaminación cero.

B) Obtención de una segunda licencia de ámbito territorial urbano

20. La posibilidad de exigir una segunda licencia está prevista en el mismo artículo 48.3 LOTT. La Orden FOM/36/2008, por la que se desarrolla la sección segunda del capítulo IV del título V, en materia de arrendamiento de vehículos con conductor del ROTT, establece ya en su artículo 1 que las VTC requieren una licencia para cada vehículo destinado a este servicio³⁵.

El Reglamento de ordenación de la actividad de transporte urbano discrecional de viajeros con conductor en vehículos de hasta nueve plazas que circula íntegramente en el ámbito del Área Metropolitana de Barcelona (en adelante, RVTC), aprobado el 26 de junio de 2018 por el Consejo Metropolitano del AMB³⁶, en su artículo 6 establece que el AMB es responsable para el otorgamiento de las licencias para prestar los servicios de VTC, así como para su revocación. Procede a establecer en el artículo 7 la obligación de una segunda licencia para que estos vehículos puedan operar en el territorio del AMB.

El TSJC consideró que ambos operadores compiten directamente, ya que sus actividades son de naturaleza prácticamente idéntica. Sin embargo, a diferencia de los taxis, las VTC no pueden emplear los carriles de bus, no tienen paradas que les sean propias, y tampoco pueden recoger clientes directamente en la calle salvo que el servicio hubiera sido contratado con antelación en la aplicación en línea.

21. El TJUE indica que ambas medidas son claramente restricciones a la libertad de establecimiento, por lo que sólo serían admisibles si están justificadas por una razón imperiosa de interés general (RIIG), siempre y cuando esta justificación resulte idónea y proporcionada para cumplir con los objetivos en cuestión (que a su vez deben provenir de una RIIG)³⁷.

³⁴ Reglamento de ordenación aprobado el 26 de junio de 2018 por el Consejo Metropolitano del AMB.

³⁵ Orden FOM/36/2008, de 9 de enero, por la que se desarrolla la sección segunda del capítulo IV del título V en materia de arrendamiento de vehículos con conductor, del Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, aprobado por Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre. BOE núm. 19, de 22 de enero de 2008. Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, BOE núm. 241, de 8 de octubre 1990.

³⁶ Reglamento de ordenación de la actividad de transporte urbano discrecional de viajeros con conductor en vehículos de hasta nueve plazas que circula íntegramente en el ámbito del Área Metropolitana de Barcelona, aprobado el 26 de junio de 2018 por el Consejo Metropolitano del AMB.

³⁷ STJUE de 8 de junio de 2003, *Prestige & Limousine*, C-50/21, EU:C:2023:448, apdos. 62-64.

2. La justificación por una razón imperiosa de interés general

22. Como se ha indicado más arriba, el TJUE ha admitido que determinadas restricciones solamente pueden estar justificadas si responden a lo que se ha denominado *razones imperiosas de interés general*³⁸. Además, estas medidas deben regirse por el principio de proporcionalidad, de manera que deben ser necesarias para conseguir el objetivo perseguido y limitarse a lo estrictamente necesario para obtener dicho fin.

El AMB, alega como RIIG: garantizar la calidad, seguridad y accesibilidad de los servicios de taxi, que considera servicios de interés público (1); mantener el equilibrio entre ambos sectores, el de taxi y el de las VTC (2); controlar los transportes locales, el tráfico y el uso del espacio público (3); así como, finalmente, la protección del medioambiente (4).

23. En virtud de la *règle de l'éviction* los objetivos de carácter económico no pueden constituir una RIIG. Por tanto, la viabilidad económica del sector del taxi no puede ser considerada una RIIG, ya que estas razones, de acuerdo con la jurisprudencia europea, no pueden estar basadas en motivos puramente económicos³⁹. Así, el TJUE ya ha afirmado con carácter general la exclusión de cualquier justificación de una medida restrictiva por motivos económicos, en este ámbito concreto ha llegado a establecer que la viabilidad económica de una línea de autobús competidora no constituye una RIIG⁴⁰.

En términos del TJUE, la necesidad de mantener un equilibrio entre los dos servicios de transporte privado, no se puede considerar una RIIG, porque si el objetivo es garantizar un buen sistema de transporte privado local, no debe conseguirse éste mediante la intervención estatal, sino mediante la propia regulación del mercado, es decir, mediante el juego de oferta y demanda. No se aporta al caso ningún otro motivo por el cual se deba obstaculizar la proliferación de las VTC en España⁴¹.

24. Con respecto al resto de motivos alegados para justificar la restricción: la gestión del transporte local, el tráfico y el empleo del espacio público, así como la protección del medioambiente, no son razones económicas por lo que sí podrían considerarse RIIG y, por lo tanto, justificativas de las limitaciones establecidas por el reglamento local y estatal del transporte terrestre españoles⁴².

Sin embargo, el TJUE tiene en cuenta la posibilidad que el servicio de VTC permita la reducción del transporte por carretera y la posibilidad de que se garantice dicho servicio por medio de vehículos no contaminantes. Por lo tanto, concluye que el propósito esencial del AMB pudo haber sido la protección del sector del taxi mediante un flagrante perjuicio para el sector de VTC.

3. La evaluación de la proporcionalidad

25. El TJUE analiza, a continuación, la idoneidad y la mínima restricción de las medidas restrictivas para conseguir los objetivos de buena gestión del transporte, del tráfico y del espacio público, por un lado, y la protección del medioambiente, por otro.

Se analiza si, en base a estas razones primordiales de interés público, las limitaciones de la segunda licencia y de la ratio 1/30 son adecuadas para perseguir su finalidad, así como si son proporcionadas, por-

³⁸ STJUE de 17 de octubre de 2002, *Payroll y otros*, C-79/01, apdo. 28, EU:C:2002:592 y STJUE de 30 de marzo de 2006, *Srevizi Ausiliari Dottori Commercialisti Srl c. Calafiori*, C-451/03, apdo. 37, EU:C:2006:208.

³⁹ STJUE de 11 de marzo de 2010, *Attanasio Group*, C-384/08, EU:C:2010:133. Sobre esta exclusión en el ámbito de todas las libertades económicas del mercado interior, GALLO, D., «La progressive et inévitable avancée des considerations économiques dans le domaine des justifications d'intérêt général aux restrictions du marché intérieur», *Annuaire de Droit de l'Union européenne*, Paris, 2015, págs. 67-90, conocr. págs. 70-71.

⁴⁰ El TJUE consideró contrario al artículo 49 del TFUE la denegación de una autorización para gestionar una línea de autobús turístico "debido a la disminución de la rentabilidad de una empresa competidora titular de una autorización de explotación de una línea de transporte que efectuaba un recorrido total o parcialmente idéntico", STJU de 22 de diciembre de 2010, *Yellow Cab Verkehrsbetrieb*, C-338/09, EU:C:2010:814, apdo. 51.

⁴¹ STJUE de 8 de junio de 2003, *Prestige & Limousine*, C-50/21, EU:C:2023:448, apdos. 70-72.

⁴² *Ibidem*, apdo. 69.

que tanto la idoneidad como la proporcionalidad de estas medidas resultan requisitos indispensables para que sean admitidas como no contrarias a la libertad de establecimiento consagrada en el artículo 49 TFUE.

A) De la restricción al número de licencias

26. La idoneidad y proporcionalidad en relación con la ratio 1/30 para la mejora en la gestión del transporte local, del tráfico y del uso del espacio público, así como para la protección del medioambiente. Se trata de un régimen limitativo (el conceder una licencia de VTC por cada 30 licencias de taxi) claramente establecido específicamente en perjuicio de las VTC, sin que exista ninguna medida similar para el servicio del taxi. Esta medida protege a los taxis de los competidores ya que se les impide acceder al mercado por lo que no parece idónea desde el punto de vista del artículo 49 TFUE.

De acuerdo con P&L, las VTC sirven para reducir el recurso al automóvil privado, están obligadas por el propio RVTC a disponer de su propio estacionamiento y a no estacionar en las vías públicas, contribuyen a alcanzar el objetivo de una movilidad eficaz e integradora, y recurre a vehículos que utilizan energías alternativas. Concluye que la ratio 1/30 no resultaría necesaria y, en todo caso, sería desproporcionada y discriminatoria.

Indica el TJUE que no se ha probado la existencia de algún estudio que analice el impacto de la flota de VTC en el transporte, el tráfico, el espacio público y el medio ambiente en la conurbación de Barcelona, prueba que corresponde, en todo caso, a la autoridad que incorpora la restricción⁴³. No considera, por tanto, la medida adecuada para la consecución de los objetivos alegados de buena gestión del tráfico, el transporte y el espacio público⁴⁴.

Concluye el TJUE que, el posible impacto en el transporte, tráfico y espacios públicos ocasionado por las VTC (que realmente es un impacto que también ocasiona el servicio taxi), puede limitarse adecuadamente a través de medidas menos restrictivas, como medidas de organización o limitación de estos servicios durante determinadas franjas horarias y en determinados espacios⁴⁵. Asimismo, declara que los objetivos en relación con el medio ambiente pueden ser resueltos por medidas menos lesivas como los límites de emisión. Por tanto, aunque permite al órgano jurisdiccional nacional verificar que se haya acreditado, en el caso concreto, esa imposibilidad de alcanzar los objetivos perseguidos a través de medidas menos restrictivas, ve la medida desproporcionada.

B) Del requisito de la segunda licencia

27. En relación a la idoneidad y proporcionalidad de la exigencia de una segunda licencia, el artículo 49 TFUE no impide el establecimiento de medidas por el AMB que requieran a los operadores de VTC la obtención de una segunda licencia, siempre y cuando está no duplique los controles por los que dichos operadores ya hubieran pasado para la obtención de la primera.

En efecto, jurisprudencia reiterada del TJUE establece, en primer lugar, que los regímenes de autorizaciones previas no amparan comportamientos discrecionales de la administración y que el propio régimen debe estar justificado⁴⁶. El procedimiento de autorización previa solo será necesario si se considera que el control *a posteriori* es demasiado tardío para que resulte realmente eficaz para alcanzar los objetivos perseguidos, lo que suele aceptarse en relación a la protección del medioambiente.

En segundo lugar, el régimen de las autorizaciones debe basarse en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano, para que no puedan ser calificadas de arbitrarias⁴⁷. El TJUE concluye que el requisito de autorización administrativa sí puede resultar idóneo y proporcional para la

⁴³ STJUE de 8 de junio de 2003, *Prestige & Limousine*, C-50/21, EU:C:2023:448, apdo. 96.

⁴⁴ *Ibidem*, apdo. 97.

⁴⁵ *Ibidem*, apdo. 99.

⁴⁶ STJUE de 22 de enero de 2002, *Canal Satélite Digital*, C-390/99, EU:C:2002:34.

⁴⁷ STJUE de 1 de junio de 2010, *Blanco Pérez y Chao Gómez*, C-570/07 y C-571/07, apdo.54, EU:C:2010:300.

consecución de los objetivos arriba mencionados ya que el servicio del transporte implica la utilización de los vehículos que no son distinguibles de los utilizados para el transporte privado, por lo que un control a posteriori no garantizaría la consecución de los objetivos de la buena gestión del transporte y el tráfico y la adecuada ocupación del espacio público y la protección del medioambiente⁴⁸.

Deben ser los órganos jurisdiccionales nacionales los que deben apreciar si es realmente necesaria esta segunda autorización local para operar en el AMB, en adición a la primera licencia de carácter nacional, si está verdaderamente justificada debido a las especiales características y necesidades del área en cuestión. Además, corresponde al juez nacional también evaluar que los criterios que se utilizan para otorgar o denegar la autorización son idóneos para garantizar de forma congruente y sistemática la obtención de los objetivos alegados.

Por tanto, no hay ningún impedimento para que el AMB exija a los operadores de VTC una segunda licencia para operar en su territorio, siempre y cuando esta exigencia se deba a que la primera licencia nacional no cubra determinados aspectos que el AMB considera necesarios. Sin embargo, es fundamental que la segunda licencia esté basada en aspectos que no ha sopesado la primera, es decir, no se les puede imponer a los operadores de las VTC el requisito de obtener una segunda licencia que les requiera atravesar los mismos controles que ya realizaron para la obtención de la primera. Esta segunda autorización no puede suponer un doble control sobre los mismos extremos evaluados en la autorización nacional, de modo que deben tenerse en consideración las particularidades del territorio a la hora de justificar la imposición del requisito⁴⁹.

28. Por lo tanto, el artículo 49 TFUE no se opone al requisito de una segunda licencia siempre que esté basada en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano, excluyendo cualquier arbitrariedad y no solapando los controles ya efectuados en base a la primera licencia; pero sí se opone a la ratio 1/30, cuando no se haya acreditado que tal medida sea apropiada y proporcionada para garantizar la consecución de objetivos que sí pueden considerarse razones imperiosas de interés general, como lo son la buena gestión del transporte, del tráfico y del espacio público, así como de protección del medio ambiente.

V. Valoración de las restricciones a la libertad de empresa en el sector del taxi y las VTC en la normativa interna

29. Todavía a día de hoy, transcurridos casi siete meses de la adopción de la STJUE, la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres es la norma que regula el mercado del transporte realizado por el taxi y las VTC y que contiene la restricción cuantitativa a la entrada⁵⁰. Esta norma posibilita explícitamente la fijación de limitaciones reglamentarias al otorgamiento tanto de nuevas autorizaciones habilitantes para la realización de transporte interurbano en vehículos de turismo de transporte público (taxi), como de las autorizaciones que habilitan para el arrendamiento de vehículos con conductor (artículo 48.2 LOTT). De manera irónica esta disposición indica estas limitaciones cuantitativas se realizarán de conformidad con las normas del Derecho de la Unión.

En el apartado tercero de dicho artículo se incorpora esa relación de una licencia de VTC por cada 30 licencias de taxi, con el objetivo “de mantener el adecuado equilibrio entre la oferta de ambas modalidades de transporte”. Esta relación de 1/30 es modificable por las Comunidades Autónomas en un sentido menos restrictivo (artículo 48.3 II LOTT).

30. Por otro lado, el artículo 91 LOTT indica que las autorizaciones habilitan para realizar servicios en todo el territorio nacional sin limitación alguna por razón del origen o destino del servicio, pero se exceptúan las relativas al transporte interurbano de viajeros tanto en taxi como en servicio de VTC

⁴⁸ STJUE de 8 de junio de 2003, *Prestige & Limousine*, C-50/21, EU:C:2023:448, apdo. 89.

⁴⁹ *Ibidem*, apdos. 92-93.

⁵⁰ Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, BOE núm. 182, de 31 de julio de 1987.

que deben realizarse de acuerdo con las condiciones que se determinen reglamentariamente en relación con el origen, destino o recorrido de los servicios.

31. El Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres insiste en que las autorizaciones para las VTC estarán sometidas al cumplimiento previo de los requisitos exigidos por el artículo 43.1 LOTT (condiciones necesarias para la adecuada prestación de servicios), pero con una serie de requisitos específicos (artículo 181.1 ROTT)⁵¹.

El artículo 182.1 ROTT regula determinados aspectos de los servicios que pueden prestar las VTC. En primer lugar, exige la celebración de un contrato previo entre el VTC y el consumidor antes de prestarse el servicio contratado; en segundo lugar, los vehículos que presten el servicio de VTC no pueden circular por las vías públicas en busca de clientes ni captarlos en la calle sin haberse producido ese contrato previo mediante el establecimiento del vehículo. En su apartado segundo, este artículo dispone que las autorizaciones de VTC habilita a los prestadores de este servicio a prestarlo en la modalidad de urbano e interurbano en todo el territorio nacional.

32. Aunque la STJUE de 8 de junio de 2023 se pronuncia sobre la compatibilidad de la normativa del Área Metropolitana de Barcelona, las restricciones a la libertad económica son las mismas que las previstas en la legislación estatal porque incluye, además de la segunda autorización, la limitación de la relación 1/30. De acuerdo con esta jurisprudencia, es el órgano jurisdiccional remitente, es decir el TSJC el que va a tener que enjuiciar si se ha acreditado o no la idoneidad y proporcionalidad de la exigencia de la segunda autorización establecida por el RVTC en el AMB. Aunque todavía no se ha pronunciado, se puede esperar que seguirá la interpretación realizada por el TJUE en relación con la ratio 1/30, considerándola inapropiada, y desproporcionada.

VI. La evaluación de las restricciones por la jurisprudencia española

33. Los tribunales españoles han resuelto numerosos litigios relacionados con la competencia entre los taxis y las VTC en aplicación de la normativa interna que trata de incorporar a nuestro ordenamiento jurídico los principios derivados de las libertades económicas del TFUE.

El régimen previsto en las normas españolas que trasponen distintas directivas con un ámbito material concreto -la mencionada Ley 17/2009, sobre el libre acceso a las actividades económicas, que traspone la Directiva de servicios- que no se aplican al transporte, los principios relativos a la libertad de establecimiento fueron incorporados a nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM)⁵². El legislador español adoptó la LGUM con la finalidad específica de incidir en la interpretación y aplicación de las normas sectoriales y así producir un efecto transversal. Para ello, en el preámbulo de la Ley se dice taxativamente que sus disposiciones se aplican a todas las actividades económicas, reconociendo su aplicación a sectores económicos que quedan fuera del ámbito de aplicación de la Directiva de servicios como los servicios sanitarios, el juego o el transporte⁵³.

En dicho preámbulo se indica también que en su elaboración se ha tenido en cuenta la transposición de la Directiva de servicios en España; la conveniencia de extender la unidad de mercado en el sector servicios de la Ley 17/2009 a todas las actividades económicas y la jurisprudencia del TJUE en aplicación de los principios básicos, en particular, el de necesidad y proporcionalidad. Sin embargo, el

⁵¹ Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, BOE núm. 241, de 8 de octubre de 1990.

⁵² Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, BOE núm. 295, de 10 de diciembre.

⁵³ Sobre la anulación de la normativa gallega que exigía el consentimiento del titular de una máquina tragaperras previamente ubicada en un establecimiento de hostelería por vulnerar los artículos 5 y 18.2, letra g) LGUM véase STS de 8 de noviembre 2022, núm. 1442/2022. Sobre el incumplimiento de la LGUM por la falta de motivación de la necesidad y proporcionalidad en la denegación de una autorización para prestar servicios sanitarios, STS de 18 de marzo 2019, 362/2019, ES:TS:2019:919.

régimen previsto en la LGUM traslada, en nuestra opinión, sólo parcialmente y de manera confusa el régimen de la Directiva de servicios y tampoco se refleja la jurisprudencia del TJUE en aplicación de los principios básicos del TFUE. Ello ha provocado que el método de aplicación de estos principios contenidos en la LGUM por parte del Tribunal Supremo difiera del utilizado por el TJUE en aplicación del TFUE y de la Directiva de servicios. Estas diferencias pueden apreciarse en distintos pronunciamientos del alto tribunal en los casos de las reservas de actividad y VTC principalmente, que han llevado a resultados distintos como se verá a continuación.

1. La valoración de las restricciones relativas a la precontratación, la prohibición de transmisión de autorizaciones y la limitación de los servicios prestados

34. El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre distintas restricciones a la actividad de las VTC. Así, por un lado, el ATS de 16 de marzo de 2022, la compatibilidad con el artículo 5 de la LGUM de la normativa vasca que obliga a las VTC a contratar con una antelación mínima de, al menos, 30 minutos desde el momento en que se realiza la solicitud y a la cumplimentación del contrato del servicio hasta que se produce la prestación efectiva de dicho servicio, así como a no usar los sistemas de geolocalización con carácter previo a su contratación⁵⁴.

35. Por otro lado, la STS de 10 de marzo de 2020 se pronuncia sobre la prohibición de transmisión de las autorizaciones de las VTC en un plazo de dos años desde su expedición y sobre la obligación de los titulares de autorizaciones de comunicar a la Administración, por vía electrónica, una serie de datos relacionados con el servicio que se presta a un registro central a nivel nacional. El TS anula ambas restricciones en tanto no se acredita la RIIG que justifica la primera y, considera que la segunda es desproporcionada y contraria a derecho al incluir entre los datos a transmitir datos personales que no son necesarios para la garantía del objetivo perseguido.

36. Finalmente, debe hacerse referencia a la sentencia TS de 17 de julio de 2023 aunque en ella no se pronuncia el TS sobre las restricciones al ejercicio de las VTC desde el punto de vista de la LGUM o del artículo 49 TFUE ya que no es este el objeto del recurso⁵⁵. Esta sentencia resuelve el recurso de una sociedad en relación a la desestimación presunta por silencio administrativo de la reclamación de responsabilidad patrimonial realizada contra el Estado por el perjuicio económico sufrido tras la entrada en vigor del Real Decreto Ley 13/2018, de 28 de septiembre, por el que se modificó también la LOTT en materia de VTC⁵⁶. Esta norma modifica el artículo 91 LOTT para que las autorizaciones de VTC queden limitadas a habilitar exclusivamente la prestación de este servicio de transporte en el ámbito interurbano, estableciendo un régimen transitorio de cuatro años, ampliables en determinadas condiciones, para que puedan continuar prestando servicios de ámbito urbano⁵⁷.

Esta modificación sólo afectaría a las licencias de VTC estatales que se limitan al transporte interurbano, correspondiendo a las Comunidades Autónomas y Ayuntamiento regular las licencias de transporte urbano.

37. Se cuestiona en el recurso si los titulares de las autorizaciones estatales de VTC, amparados por el artículo 91.1 LOTT, están habilitados para “realizar servicios en todo el territorio nacional sin limitación alguna por razón del origen o destino del servicio”, dado que, por la redacción de la norma, las autorizaciones estatales estaban pensadas para autorizar la prestación del servicio de transporte en el

⁵⁴ ATS de 16 de marzo de 2022, ES:TS:2022:3603A.

⁵⁵ STS de 17 de junio de 2023, núm. 3409/2023, ES:TS:2023:3409.

⁵⁶ Real Decreto-ley 13/2018, de 28 de septiembre, por el que se modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, en materia de arrendamiento de vehículos con conductor. BOE núm. 236, 29/09/2018.

⁵⁷ JIMÉNEZ, M., & SOBRINO, R. “El Gobierno frena las VTC, pero los compensa con cuatro años de moratoria (con excepciones)”. Obtenido de Cinco Días, 2018.

ámbito interurbano. El Estado tenía desde el principio limitada su competencia para conceder autorizaciones para la prestación de este servicio de carácter interurbano (el Estado tiene competencia exclusiva sobre transportes terrestres que transcurran por el territorio de más de una Comunidad Autónoma de acuerdo con el artículo 149.1.21ª de la Constitución Española), residiendo la competencia para conceder autorizaciones para la prestación de este servicio en el ámbito urbano en las Comunidades Autónomas (competente para el transporte que se desarrolle íntegramente en su territorio de acuerdo con el artículo 148.1.5ª de la Constitución Española).

En el recurso se trata, por tanto, de aclarar el ámbito de las autorizaciones estatales, permitiendo que las licencias estatales de VTC subsistan para realizar transporte interurbano de viajeros, pero no transporte urbano y no se ocupa de evaluar la justificación de la medida restrictiva desde otros puntos de vista.

El TS hace un breve análisis de la trayectoria que ha seguido la regulación de las VTC en nuestro país para concluir que en el período de tiempo transcurrido entre la adopción de la Ley 25/2009 y la Ley 9/2003, en el que se derogaron expresamente los artículos 49 y 50 LOTT se dejó de aplicar la restricción cuantitativa de autorizaciones de VTC (FJ 5). Durante este periodo, el número de autorizaciones VTC concedidas fue creciendo exponencialmente. La Ley 9/2003 permitió reintroducir la ratio 1/30 por medio del ROTT en 2015, si bien permitía a las Comunidades Autónomas la posibilidad de modificar dicha proporción por una que resultara menos restrictiva.

Finalmente, el Real Decreto Ley 3/2018 modificó de nuevo la LOTT al añadir el apartado tercero al artículo 48 de la misma, que vuelve a introducir legalmente la limitación cuantitativa 1/30, en la misma forma en que la reintrodujo el ROTT.

Durante todo este tiempo, se encontraba vigente el artículo 91 LOTT, de acuerdo con el cual se daba a entender que las autorizaciones VTC habilitaban para realizar servicios en todo el territorio nacional sin limitación por razón del origen y el destino del servicio, por tanto, se entendió que los prestadores del servicio de VTC, que este servicio de transporte puede ser urbano, interurbano, intracomunitario o intercomunitario.

Es esta interpretación la que quiere suprimir el Real Decreto Ley 13/2018 en su nueva redacción del artículo 91 LOTT, limitando las autorizaciones estatales VTC al transporte interurbano, permitiendo un régimen transitorio de cuatro años para que las licencias ya otorgadas puedan continuar prestando servicios de ámbito urbano para así paliar los perjuicios económicos que esta modificación pueda causar a los prestadores del servicio en cuestión.

38. El objetivo alegado para introducir la restricción, además de la razón del reparto de las competencias administrativas es el de solventar los problemas de movilidad, congestión del tráfico y medioambientales en los núcleos urbanos del país, considerando que hay que “cortar el exceso de oferta de este servicio de transporte”. Al ser una problemática de ámbito autonómico, se considera que el transporte urbano debe quedar en manos de la Administración autonómica. Se les permitirá concretar, desarrollar y modificar, temporal o definitivamente, determinados aspectos de la reglamentación estatal, cuando dicho servicio se preste exclusivamente en su territorio. En efecto, la reforma en cuestión no elimina el transporte urbano por VTC, sino que indica que las autorizaciones estatales habilitan exclusivamente para realizar transporte interurbano. Es decir, el TS quiere indicar que, si bien no se podrán considerar autorizados por el mismo por vía de la autorización estatal, esto no quita para que, siguiendo los procedimientos que en su caso establezcan las Comunidades Autónomas, pudieran finalmente prestar por vía de autorización autonómica esos servicios urbanos de transporte.

Por lo tanto, el TS considera que el Real Decreto Ley no priva de ningún derecho, sino que simplemente es un cambio en las condiciones de la autorización, cuyo fundamento se encuentra en compatibilizar la autorización estatal con las competencias propias del Estado, y haciendo lo mismo en relación con las autorizaciones autonómicas, para que ambas se ciñan al ámbito propio de su competencia. Por todo ello, no se puede considerar que esta normativa tenga un carácter expropiatorio.

39. Aunque no se aborda como tal en la sentencia la limitación de las habilitaciones que otorga la autorización estatal a la prestación del servicio de transporte interurbano incorporada en la nueva redacción del artículo 91 LOTT, dicha medida constituye una restricción del artículo 49 TFUE en tanto

limita territorialmente el ejercicio de una actividad económica por lo que también debiera valorarse su compatibilidad con esta norma⁵⁸.

2. La valoración de las restricciones cuantitativas a la entrada y al servicio de las VTC en la STS de 4 de junio de 2018

40. En relación a las restricciones sobre las que se pronuncia el TJUE en su sentencia de 8 de junio de 2023, se pronunció el TS, en sentencia 1913/2018 en un sentido muy distinto. El TS resuelve la impugnación realizada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) contra el Real Decreto 1057/2015, de 20 de noviembre, por el que se modificó el ROTT⁵⁹. Dicha modificación introduce a juicio de la recurrente, requisitos a las VTC innecesarios y desproporcionados, con el único fin del beneficio económico del sector del taxi en términos de la CNMC. Asimismo, se impugna el requisito relativo al número mínimo de vehículos necesario, así como los requisitos referentes a la disponibilidad de los vehículos y las características de longitud y la ratio 1 a 30⁶⁰.

El TS resuelve el recurso en aplicación de la LGUM olvidándose de la aplicación al caso del artículo 49 del TFUE al sector del transporte y la jurisprudencia del TJUE que lo interpreta⁶¹. En cambio, el TS analiza, aquí también, los parámetros de la revisión de la legalidad del Real Decreto 1057/2015(FJ 4). Dicha norma modificó los artículos 181 y 182 del ROTT y añadió una disposición transitoria única, todo ello con el objetivo de adaptar la regulación de esta materia a lo dispuesto en la Ley 9/2013 que modificó la LOTT⁶².

Curiosamente, en relación al Derecho de la Unión Europea, el TS se refiere a que el sector del transporte se encuentra excluido de la Directiva de Servicios y, por tanto, de la Ley 25/2009 que adapta las leyes españolas a la Directiva de Servicios. Indica que dicha ley modificó la LOTT en un sentido que fue más allá de lo requerido por la Directiva. Al suprimir los artículos 49, 50, 135 y 136 se prescindió de la cobertura legal a las limitaciones cuantitativas y para imponer ciertas exigencias relativas al número y características de los vehículos que fueran a prestar el servicio de transporte urbano. Sin embargo, teniendo en cuenta que las Directivas establecen obligaciones de mínimos para los Estados, nada impedía al legislador español ir más allá en la eliminación de las restricciones al acceso y al ejercicio de los servicios de transporte privado extendiendo el principio de libertad de empresa a estos servicios.

41. Refiriéndose esta sentencia también a la evolución de la normativa de la LOTT tras la reforma de la LOTT efectuada por la Ley 25/2009 mencionada con anterioridad, el Gobierno aprobó el Real Decreto 919/2010 con el objetivo de acomodar a la misma el ROTT⁶³. Sin embargo, en esta supuesta acomodación, se previeron limitaciones que carecían ahora de cobertura legal a través de la LOTT, limitaciones declaradas ilegales por la Sentencia del Tribunal Supremo del 14 de febrero de 2012⁶⁴. Siguiendo esta línea, analiza la posible ilegalidad de los artículos 180 y 181 del ROTT, alegada por los recurrentes en base a su carácter restrictivo de la competencia (FJ 6). Indica el TS que efectivamente resulta contrario a la Ley

⁵⁸ STJUE de 23 de diciembre de 2015, *Gebhart Hiebler c. Walter Schlagbauer*, C-293/14, EU:C:2015:843.

⁵⁹ STS de 4 de junio de 2018, núm. 1913/2018, ES:TS:2018:1913.

⁶⁰ Real Decreto 1057/2015, de 20 de noviembre, por el que se modifica el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, aprobado por Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, en materia de arrendamiento de vehículos con conductor, para adaptarlo a la Ley 9/2013, de 4 de julio, por la que se modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres y la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea. BOE núm. 279, 21 de octubre 2015.

⁶¹ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión sobre el transporte local de pasajeros bajo demanda que funcione correctamente y sea sostenible taxis y VTC*, (2022/C 62/01), DO C62, de 4 de febrero de 2022.

⁶² Ley 9/2013, de 4 de julio, por la que se modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres y la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea, BOE núm. 160, de 5 de julio de 2013.

⁶³ Real Decreto 919/2010, de 16 de julio, por el que se modifica el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres para adaptarlo a la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. BOE núm. 189, 05 de agosto 2010.

⁶⁴ STS de 14 de febrero de 2012, núm. 1076/2012, ES:2012:1076.

25/2009 que el Gobierno establezca exigencias por vía reglamentaria tras haber quedado suprimidos los preceptos legales en los que se apoyaban estas exigencias⁶⁵. De modo que se confirmó la imposibilidad de denegar autorizaciones de VTC tras la modificación de la LOTT por la Ley 25/2009, invocando requisitos o restricciones, siempre y únicamente por la falta de cobertura legal. De este modo no se cuestiona el alcance de la competencia del legislador para reintroducir las restricciones objeto de impugnación.

42. Aunque es deseable, pero no es exigible por el Derecho de la Unión fuera del ámbito de aplicación de la Directiva de servicios, la justificación de las restricciones y requisitos impugnados no están en la exposición de motivos del propio Real Decreto 1057/2015 impugnado, sino en la memoria de análisis de impacto normativo donde se trata la cuestión de la necesidad y proporcionalidad de las medidas. En dicha memoria se recoge cómo la evolución del sector ha conducido a que las VTC y el taxi hayan aproximado sus características de tal manera que compiten en el mismo mercado de transporte urbano. Asimismo, en dicha memoria se afirma que el sector del taxi, si bien no es un servicio público en el sentido técnico del concepto, sí se considera un servicio de interés general.

A) Premisa que ignora los conceptos propios del Derecho de la Unión.

43. El TS, olvidando los conceptos propios del Derecho europeo, parte de propuestas conceptuales nacionales que tienen como resultado un fallo incompatible con la jurisprudencia del TJUE en aplicación del ejercicio de las libertades económicas. En primer lugar, el TS, haciéndose eco de la calificación que del servicio hace la norma interna, afirma que constituye un *servicio de interés público* que justifica su intensa regulación en la garantía de los niveles mínimos de calidad, seguridad y accesibilidad (FJ 6 A.c).

En segundo lugar, considera que el mantenimiento de un servicio de transporte urbano como el del taxi es un objetivo legítimo de los poderes públicos, cuyo aseguramiento puede ser considerado una RIIG, incluso aunque estas restricciones y requisitos afecten a la competencia y a la libertad de establecimiento, siempre y cuando sean medidas necesarias y proporcionadas.

En tercer lugar, afirma que, al competir directamente los taxis con las VTC en el mismo mercado, “el objetivo de mantener un equilibrio entre las dos modalidades de transporte urbano aparece como una forma de garantizar el mantenimiento del servicio de taxis como un servicio de interés general y, por tanto, amparado en la razón imperiosa de interés general de asegurar el modelo de transporte urbano antes señalado.”

Añade el TS que mantener un servicio de transporte urbano como el taxi, someténdolo a determinadas exigencias en beneficio del consumidor, se encuentra comprendido en más de una RIIG, como, entre otras, la seguridad pública, la protección de los destinatarios de los servicios, la protección del medio ambiente y el entorno urbano y los objetivos de la política social.

B) Las razones imperiosas de interés general de la LGUM

44. A diferencia de lo que ocurre en Derecho de la Unión, donde no existe una lista tasada de objetivos que pueden calificarse de RIIG, las razones en derecho interno parecen estar, en virtud de lo afirmado por el TS, tasadas a las enumeradas en el artículo 17.1, letra a) de la LGUM a las que se puede añadir las contempladas en la Ley 17/2009⁶⁶. El artículo 3.11 de esta última norma indica que son RIIG las definidas así por el TJUE, aunque luego, inexplicablemente, las limita a las que especifica en la propia disposición. Entre esa lista se incluyen el orden público, la seguridad pública, la protección del medio ambiente y del entorno urbano. A estas RIIG, el TS añade la referencia que el artículo 17.1, letra

⁶⁵ STS de 27 de enero del 2014, núm. 120/2014, ES:TS:2014:120.

⁶⁶ Sobre el concepto de RIIG en derecho europeo, véase, GOÑI URRIZA, N., *La libre circulación de servicios en la Unión Europea. El régimen de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios y su aplicación por los tribunales españoles*, Bosch, Madrid, 2023, págs. 81-86.

c de la LGUM hace a la posibilidad de exigir una autorización administrativa “cuando por la utilización del dominio público el número de operados económicos sea limitado”.

El Tribunal afirma, a continuación, que “el referido objetivo de mantener un servicio de transporte urbano sometido a ciertas exigencias en beneficio del *interés general* puede sin duda considerarse comprendido de manera más o menos directa o intensa en varias de las razones enumeradas por dicho precepto, como la seguridad pública, la protección de los destinatarios de los servicios, la protección del medio ambiente y el entorno urbano y los objetivos de la política social. Así, consideramos que el mantenimiento de un servicio de transporte urbano regulado con el sentido y finalidad dichos es, desde luego, un objetivo de política de transporte urbano de los poderes públicos con competencias en la materia que trata de garantizar de una manera más eficaz y efectiva la protección de los intereses y la seguridad de los destinatarios de los servicios y la protección del entorno urbano.”. Se refiere, por tanto, a varios objetivos reconocidos como RIIG por el TJUE y sin hacer la prueba de la necesidad y la proporcionalidad posterior, se limita a afirmar que se trata de una elección del legislador que constituye una “opción política”.

C) La prohibición de requisitos de carácter económico

45. El TS se plantea, a continuación, la aplicación del artículo 18.2, letra d) de la LGUM que remite al artículo 10.e) y f) de la Ley 17/2000. La letra e) de esta última disposición incluye, entre los requisitos prohibidos para otorgar una autorización, los de naturaleza económica refiriéndose, a la necesidad de acreditar una demanda de mercado o la de valorar si dicha actividad se ajusta a los objetivos de programación económica establecidos por la autoridad. Por otro lado, el apartado f) consagra que estas medidas no pueden suponer una intervención directa o indirecta de los competidores en la concesión de autorizaciones o en la adopción de otras decisiones de las autoridades competentes relativas al establecimiento para el ejercicio de un servicio.

46. En primer lugar, el TS considera que las limitaciones cuantitativas y territoriales o la exigencia de una flota mínima son evidentemente requisitos de la naturaleza, así como los requisitos que se exigen de los propios vehículos o las limitaciones al acceso del ejercicio de la actividad, debido a sus consecuencias económicas. A pesar de ello, expresa el TS que hay que tener en cuenta que el legislador es taxativo al dictar que la expresión debe interpretarse de acuerdo con lo establecido en la letra e) del artículo 10 de la Ley 17/2009. Ese precepto tiene dos vertientes: se prohíbe que se condicione la actividad en cuestión a la concurrencia de diversas circunstancias y, por ello, se excluye que respondan a una planificación encubierta. Concluye el TS, de manera sorprendente, para considerarlos lícitos que⁶⁷:

“que el objetivo de mantener un servicio de transporte urbano con unas determinadas características de seguridad y calidad como un servicio de interés general pueda calificarse propiamente como una planificación económica, aunque tenga indudables repercusiones en la estructura de dicho mercado. Así, dicha razón de interés general no pretende la regulación global del sector o alcanzar unos determinados resultados o estructura, sino que se limita a formular un objetivo de política en el transporte municipal mediante vehículos (que se preste dicho servicio con unas características determinadas) y los requisitos responden a asegurar la viabilidad económica de dicho objetivo en el marco de la competencia en el sector, no a una planificación económica encubierta del conjunto del mismo.”

D) Análisis de la necesidad y la proporcionalidad de las distintas restricciones a las VTC

47. Excluido así el carácter económico del objetivo pretendido procede a realizar el análisis de la necesidad y la proporcionalidad asumiendo que el objetivo de “lograr una competencia equilibrada de ambas modalidades de transporte urbano que permita el mantenimiento del servicio de taxis...se configura como una razón imperiosa de interés general...”.

⁶⁷ Tampoco considera el TS que los requisitos impuestos constituyan una intervención de competidores en la concesión de autorizaciones o en la adopción de otras decisiones relativas al servicio.

a) *Las restricciones cuantitativas al número de licencias de VTC*

48. El TS analiza la exigencia de necesidad y proporcionalidad en relación a la ratio 1/30 (FJ 7) e indica que, una vez admitida como RIIG el objetivo de preservar el equilibrio entre las dos modalidades de transporte urbano para asegurar la existencia del taxi, la previsión de la proporción es una medida idónea y proporcionada, sin que parezca fácil arbitrar una medida alternativa menos restrictiva. El TS señala que no “parece fácil” encontrar una medida alternativa menos restrictiva, pero, sin embargo, no indica que esto no sea posible, ni exige su acreditación y tampoco hace un análisis más profundo sobre esta cuestión.

Aunque se señala que la proporción escogida de 1/30 carece completamente de otra justificación aparte de la histórica, como los recurrentes tampoco plantean una alternativa a esta limitación cuantitativa el Tribunal Supremo no la considera desproporcionada. Cambia así la carga de la prueba, ya que conforme a Derecho europeo debiera ser la administración limitante de la actividad económica la obligada a probar la necesidad de dicha limitación. Finalmente, considera que no puede afirmarse que la limitación sea discriminatoria una vez se ha admitido como RIIG que la justifica el alcanzar un equilibrio entre las dos modalidades de servicio urbano de vehículos con conductor.

b) *La restricción territorial del ejercicio de la actividad de las VTC 80/20*

49. Se pronuncia a continuación el TS sobre la restricción territorial 80/20, también referida como regla de la *habitualidad*, que implica que al menos el 80% de los servicios se desarrollen en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma donde esté domiciliada la autorización (FJ 8). Señala que esta restricción no tiene una cobertura legal específica pero sí genérica en el artículo 91 LOTT. Esto se debe a que el mencionado artículo, tras indicar que “las autorizaciones de transporte público habilitarán para realizar servicios en todo el territorio nacional, sin limitación alguna por razón del origen o destino del servicio”, afirma que se exceptúan las autorizaciones habilitantes para el arrendamiento de vehículos con conductor que se someten a lo que se determine reglamentariamente en relación con el origen, destino o recorrido de los servicios.

Sin referirse a la RIIG concreta que justificaría esta restricción, más allá de afirmar que en la memoria de la norma que la introduce se refiere a “la garantía del equilibrio en la oferta del transporte urbano mediante vehículos”, finaliza el TS estableciendo que, al igual que con la regla de la ratio 1/30, la proporción 80/20 no tiene más justificación que la histórica, pero, de nuevo invirtiendo la carga de la prueba, argumenta que los recurrentes no alegan motivos por los que debiera considerarse la misma inadecuada. Por lo tanto, concluye que, una vez aceptado su objetivo de asegurar la habitualidad del empleo de la autorización en la Comunidad Autónoma de origen, con el fin de eludir la regla de la proporcionalidad 1/30 no hay motivo para considerarla “excesiva o abusiva”. De nuevo se altera el análisis de la necesidad y de la mínima restricción del TJUE.

En todo caso, hoy día, descartada la conceptualización del taxi como servicio de interés económico general por el TJUE en su sentencia de 8 de junio de 2023, tanto esta regla como la de la proporcionalidad del 1/30 son claramente discriminatorias en perjuicio para las VTC. Por tanto, no podrían ser restricciones justificadas ni al amparo de una RIIG.

c) *El requisito de la flota mínima de vehículos*

50. El análisis de la adecuación que hace el TS en relación al requisito de que las empresas de VTC dispongan de una flota de mínimo siete vehículos se ajusta más a la estructura argumentativa del TJUE (FJ 9). Según la memoria de impacto normativo del Real Decreto 1057/2015 esta exigencia se justificaría por el objetivo asegurar una mayor solvencia de la empresa -y, por lo tanto, una mejor protección de los derechos de los usuarios- y en la finalidad de obtener una mayor seguridad en las transacciones. Sin embargo, el TS que de nuevo alude a la cobertura legal, en este caso para negar que la ley

obligue a disponer de un número mínimo de vehículos, no acepta aquí la razón histórica.

El TS afirma que este requisito no puede estar justificado como medio para alcanzar el equilibrio entre taxis y VTC, ya que ese equilibrio no se ve, a su juicio, ni favorecido ni perjudicado por esta exigencia. Por lo tanto, concluye el TS, la exigencia de una flota mínima de siete vehículos constituye una limitación cuyo objetivo aparentemente es la exclusión de los pequeños empresarios del servicio de las VTC completamente carente de justificación ya que en nada contribuya a la “mejor protección de los derechos de los usuarios o incrementa la seguridad de las transacciones financieras, ni por qué se iba a producir necesariamente una constante aparición y desaparición de microempresas”. Sin utilizar estos términos considera la medida inadecuada para la obtención de los objetivos alegados, no considerando superada la prueba de la necesidad.

d) Los requisitos materiales de los vehículos

51. En tercer lugar, el artículo 181 ROTT introduce una serie de exigencias relativas a las características técnicas que deben cumplir los vehículos que presten servicios de VTC. Estas hacen referencia al tipo de vehículo (motor y longitud) y a su antigüedad introduciendo asimismo algunas excepciones a estos requisitos.

El TS afirma, sin hacer ningún análisis de adecuación o proporcionalidad de la medida, que al ampararse la medida en el mantenimiento del servicio de taxis se justifica que las VTC estén sometidos a exigencias -equivalentes a las que autoridades autonómicas o locales imponen a los taxis- que garanticen determinados niveles de calidad y seguridad (FJ 10). Por lo tanto, el TS analiza únicamente la no discriminación de la medida, para igualar, ahora sí, los requisitos aplicables a ambos tipos de operadores.

En realidad, el TS no realiza el análisis de la proporcionalidad ya que ni siquiera se pronuncia sobre la alegación de los recurrentes relativa a que, respecto de la antigüedad, sería menos restrictiva la exigencia de la superación de pruebas técnicas establecidas al efecto.

e) Exigencias relativas al ejercicio de la actividad

52. Finalmente, el artículo 182.1 ROTT exige que los servicios de VTC se contraten previamente a la ejecución del servicio y que los vehículos lleven siempre a bordo la documentación que acredite la realización de ese contrato. Esta norma introduce así limitaciones al ejercicio del transporte de personas realizado por las VTC. El TS afirma que la limitación de las VTC a la contratación previa está protegida por la RIIG de mantener un equilibrio entre ambos servicios de naturaleza análoga, y el requisito de la documentación es meramente acreditativo de este primero (FJ 11). Parece aceptar así la restricción de la actividad de las VTC a uno de los tres segmentos en los que se subdivide el mercado del transporte urbano el de la previa contratación, ya que no puede ejercitar actividades en los otros dos: la parada en la vía pública y el de la contratación del vehículo en circulación y lo considera indispensable para garantizar la viabilidad de los taxis. Aquí tampoco se plantea si la medida es discriminatoria.

Desconociendo también la jurisprudencia del TJUE sobre la no existencia de una regla de *minimis* en relación a la restricción, es decir, que el obstáculo no tiene que tener una mínima entidad, el TS afirma que la obligación de conservar en el vehículo la documentación acreditativa relativa a la precontratación “es meramente instrumental y no plantea grandes problemas”⁶⁸. El artículo 182.1 ROTT indica que el contrato de arrendamiento de las VTC se cumplimentará previamente al inicio de la prestación del servicio y la conservación del mismo se realizará de la manera establecida por el Ministerio de Fomento. Precisión que ni siquiera se ha valorado en la sentencia para determinar si constituye o no una restricción.

⁶⁸ STJ de 3 de diciembre de 2020, *Bonver Win*, C-311/19, apdos. 26-29, EU:C:2020:981.

3. Las sentencias españolas posteriores a la sentencia del TJUE de 8 de junio de 2023

53. Merece una especial mención la Sentencia TSJ de Murcia de 16 de octubre de 2023 que sigue la jurisprudencia del TS que se acaba de analizar y, en cambio, ignora la del TJUE en relación a que no caben restricciones a la prestación de las VTC como forma de garantizar el mantenimiento del servicio de taxis⁶⁹. Esta sentencia evalúa tres restricciones incluidas en la norma autonómica que regula el “transporte público” discrecional de personas mediante VTC relativas a: la obligatoria precontratación con una antelación mínima de 30 minutos, la prohibición del uso de la geolocalización y el estacionamiento en la vía pública y la obligación de poner a disposición de la Consejería competente los precios que aplican las VTC por los servicios prestados.

El TSJ de Murcia, aplicando la jurisprudencia ya recaída sobre la antelación mínima de la precontratación incluida en la normativa vasca, a la que ya se ha aludido más arriba, anula dicha restricción. También anula la restricción del uso de la geolocalización. Sin embargo, en relación a la obligación de informar a las autoridades competentes de los precios a aplicar por la prestación del servicio, sin hacer la evaluación de la existencia de una RIIG y el análisis de la necesidad y proporcionalidad de la medida, el TSJ se limita a afirmar: “Lo primero que debemos decir es que esta medida supone que los posibles usuarios conocen los precios del servicio, lo que, entendemos, les permite decidir si optan por un tipo u otro de servicio. Consideramos que la recurrente no ha acreditado que este precepto en cuestión infrinja el ordenamiento jurídico; con la previsión que se establece lo único que se hace, como venimos diciendo, es conseguir que el posible usuario conozca esos precios, lo que consideramos que es una garantía para la buena prestación del servicio, sin que con ello se vulnere ninguna norma jurídica que nos permitiría anular este precepto.”

Por tanto, el TSJ invierte la carga de la prueba exigiendo que el recurrente -la CNMC- pruebe que existen medidas menos restrictivas para conseguir un objetivo, al que ni siquiera se ha hecho alusión.

54. Finalmente, la Sentencia de la Audiencia Nacional dictada el 22 de junio de 2023 resuelve otro recurso de la CNMC interpuesto en 2018 contra la ordenanza Municipal del Servicio de Taxi aprobada por el Ayuntamiento de Málaga en 2015⁷⁰. Dicha normativa introducía numerosas restricciones a la entrada y al ejercicio de los operadores en el sector del transporte en la ciudad de Málaga.

Esta Sentencia anula diversas disposiciones de la Ordenanza por la falta de justificación de las medidas en la norma, tampoco las alegaciones aportadas en el procedimiento se consideran suficientes. Acertadamente, la Audiencia Nacional mantiene la carga de la prueba de dicha justificación exigiendo, con base en la jurisprudencia del TJUE, que sean las autoridades que introducen la restricción en el ordenamiento jurídico las que acrediten la necesidad y la proporcionalidad de la restricción para la consecución de un objetivo constitutivo de una RIIG (FJ 6). Sin embargo, no hace la Audiencia Nacional una evaluación de los objetivos alegados por el Ayuntamiento de Málaga, considera que existe un “interés general”, pero no lo precisa cual es, quizás porque las disposiciones de la normativa local se basan en la legislación autonómica sectorial, que no fue impugnada. No se sigue, por tanto, el análisis estructurado que exige la aplicación de la LGUM. Se anulan las restricciones, por tanto, al no estar justificadas ni su necesidad ni su proporcionalidad (FJ6).

VIII. Los servicios de transporte del taxi ¿Servicios de Interés Económico General?

1. Los servicios de interés económico general en el Derecho de la Unión

55. Como se ha indicado, el Derecho europeo utiliza conceptos autónomos, propios de dicho ordenamiento jurídico y la calificación que de una actividad económica realicen los Estados miembros no varía la aplicación de las normas europeas del mercado interior. De modo que éste se aplica independientemente de la naturaleza que un ordenamiento jurídico pueda otorgar a determinadas actividades económicas.

⁶⁹ STSJ Murcia de 15 de octubre de 2023, núm. 486/2023, ES:TSJMU:2023:2006, FJ2.

⁷⁰ SAN de 22 de junio de 2023, núm. recurso 1/2018, ES:AN:2023:3445.

Así, el Derecho de la Unión no reconoce el término de *servicio de interés público* o *servicio público* que emplea la legislación española para justificar un régimen diferenciado para los taxis y para las VTC, en cambio, reconoce el concepto de servicio de interés económico general del artículo 106.2 TFUE (en adelante SIEG)⁷¹.

El Derecho de la Unión, permite que, con el fin de preservar ciertas necesidades básicas de la sociedad un Estado puede gestionar un determinado servicio como SIEG⁷². El TJUE ha interpretado este concepto en un sentido genérico afirmando que el SIEG es definido por el Estado, sin embargo, la Directiva de servicios exige que el servicio se preste en ejecución de una tarea especial de interés público confiada al prestador» por un Estado miembro⁷³.

56. Aunque la falta de definición de SIEG por el Derecho de la Unión implica que son los Estados miembros quienes tienen la competencia para determinar cuáles son sus servicios de interés económico general, éstos deben cumplir una serie de criterios mínimos: debe existir un acto de autoridad que confíe este servicio a sus respectivos operadores, y el servicio debe tener una naturaleza universal y necesaria⁷⁴. Además, cada Estado miembro debe indicar el motivo por el que considera que debe ser considerado dicho servicio merecedor de tal calificativo, es decir, debe probar que los criterios mínimos se cumplen en el caso⁷⁵. De este modo, sólo pueden ser calificadas como de servicio de interés económico general aquellas actividades que culminan en resultados favorables para el bien común, pero que probablemente no podrían prestarse por el mercado sin intervención pública.

57. En virtud del artículo 106.2 TFUE, estas actividades económicas se someterán a las normas del TFUE de la libre competencia y a las libertades del mercado interior sólo si la aplicación de estas normas no impide de hecho o de derecho el cumplimiento de la misión específica que el Estado confía a dichos operadores⁷⁶. Estos servicios pueden ser prestados tanto por el Estado como por el sector privado. Es decir, sólo en caso de que los servicios de transporte realizados por los taxis en España puedan ser calificados como SIEG se podrá justificar un régimen especial y distinto del de las VTC.

Los SIEG son actividades de servicio comercial que cumplen misiones de interés general y que están sujetas a obligaciones específicas de servicio público. Entre ellos se encuentran los transportes públicos, sin embargo, el Abogado General en el caso *Prestige & Limousine S.L.* califica de transporte privado el realizado por los taxis. En todo caso, las normas que garantizan la libre competencia rigen y debieran a las empresas responsables de gestionar los servicios de taxi mientras dichas normas no impidan que cumplan con sus tareas específicas.

2. La naturaleza del servicio del taxi en la legislación española

58. Pese a la reciente sentencia del TJUE que se ha analizado aquí y que existe una jurisprudencia consolidada definiendo los conceptos autónomos implicados en la materia, la reciente reforma del régimen de la LOTT los ignora. En efecto, el Real Decreto Ley 5/2023, de 28 de junio, en su Título IV denominado “Medidas para la adecuación al Derecho de la Unión Europea en materia de arrendamiento de vehículos con conductor” modifica en su artículo 149 la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres “en sentido contrario”⁷⁷.

⁷¹ STJUE de 12 de febrero de 2008, *BUPA y otros c. Comisión*, T-289/03, EU:T:2008:29, apdo. 172.

⁷² STJUE de 19 de mayo de 1993, *Corbeau*, C-320/91, EU:C:1993:198, apdo. 14.

⁷³ STJUE de 7 de noviembre de 2018, *Comisión c. Hungría*, C-171/17, EU:C:2018:881, apdo. 43. FRANCO ESCOBAR, S., *La autorización administrativa en los servicios de interés económico general. Intervención administrativa en los mercados de las comunicaciones, la energía y los transportes*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.

⁷⁴ STJUE de 12 de febrero de 2008, *BUPA y otros c. Comisión*, T-289/03, EU:T:2008:29, apdo. 172.

⁷⁵ STJUE de 10 de diciembre de 1991, *Merci convenzionali Porto di Genova*, C-179/90, EU:C:1991:464, apdo. 27.

⁷⁶ STJUE de 10 de diciembre de 1991, *Merci convenzionali Porto di Genova*, C-179/90, EU:C:1991:464, apdo. 27.

⁷⁷ Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales

La norma introduce tres nuevos apartados en el artículo 99 estableciendo en el nuevo apartado quinto que el otorgamiento de las autorizaciones para las VTC estará condicionado al cumplimiento de criterios medioambientales sobre la mejora de la calidad del aire y la reducción de emisiones de CO₂. Asimismo, estará condicionado al cumplimiento de los requisitos necesarios para la gestión del transporte, del tráfico y del espacio público de la Comunidad Autónoma en la que pretenda autorizarse. Además, merece la pena resaltar que el recién introducido apartado séptimo establece que se podrán introducir reglamentariamente otros criterios objetivos y amparados en razones imperiosas de interés general para el otorgamiento de la autorización.

Con esta reforma, que introduce nuevas restricciones, únicamente a las VTC, el Estado parece amparar bajo la apariencia de cumplir con lo dispuesto en la STJUE expuesta anteriormente, una calificación del sector del taxi que le permita darle una regulación diferente y previsiblemente más favorable al sector del taxi que al sector de las VTC.

No obstante, esta nueva calificación no cumple realmente con lo establecido por la STJUE del 8 de junio de 2023. El Abogado General ya indicó en sus conclusiones generales precedentes a la STJUE, que el término de “servicio de interés público” es un término empleado en la legislación española que nunca se ha empleado en el derecho de la UE. Asimismo, el TJUE afirmó que la calificación que el derecho nacional de un determinado Estado miembro dé a los objetivos perseguidos por una de sus medidas, no debería afectar a la calificación que se le atribuya de acuerdo con la legislación y jurisprudencia europeas, con las consecuencias que ello conlleve.

España no ha demostrado en el litigio, ni tampoco en el preámbulo de la Ley 5/2023 que se cumplen los requisitos mínimos para que los servicios de transporte de pasajeros privado (urbano e interurbano) pueda calificarse de SIEG, en cambio, continúa introduciendo nuevas restricciones a la actividad de las VTC.

VIII. Reflexión final

59. Debe realizarse una necesaria deliberación a partir del fallo de la STJUE de 8 de junio de 2023 en el caso *Prestige & Limousine S.L.*, ya que conclusiones son sustancialmente diferentes a las conclusiones sostenidas por el Tribunal Supremo y otros órganos jurisdiccionales acerca de las limitaciones impuestas normativamente por la normativa estatal reguladora del servicio prestados por los taxis y las VTC, así como las introducida por las distintas Administraciones territoriales⁷⁸.

Este fallo se refiere a la restricción del número de licencias de VTC en el ámbito de la conurbanización de Barcelona, sin embargo, el condicionamiento del número de estas licencias a la ratio 1/30 respecto de las del taxi es, por supuesto trasladable a lo previsto en la LOTT.

Curiosamente, la reforma legislativa adoptada veinte días después de dictarse la sentencia, a través del Real Decreto Ley 5/2023 mantiene, entre otras, esta limitación de las autorizaciones de las VTC en relación 1/30 del artículo 48.3 LOTT e introduce otras, a pesar de que el objetivo de esta reforma era adecuar la legislación española al Derecho de la Unión.

60. El TSJ de Cataluña tampoco ha resuelto sobre la segunda licencia a pesar de que ya han transcurrido casi ocho meses desde que el TJUE se pronunciara sobre la compatibilidad de la normativa del Área Metropolitana de Barcelona con el Derecho de la Unión.

61. La sentencia del TJUE de 8 de junio de 2023 debiera modificar la jurisprudencia española, teniendo en cuenta el mandato del artículo 4.1 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial de acuerdo con el cual los jueces y tribunales “aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la

de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea. BOE núm. 154, de 29 de junio de 2023.

⁷⁸ DOMENECH PASCUAL, G. , En Luxemburgo sí hay jueces. A propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso de las VTC. Obtenido de Hay Derecho, 2023.

jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”⁷⁹. Ello, sumado al principio primacía del Derecho de la UE sobre el Derecho interno, debe llevar como consecuencia lógica que los tribunales españoles anularan estas limitaciones a la libertad de empresa de los operadores de servicios VTC, permitiéndoles operar en igualdad de condiciones que el resto de los prestadores de servicios análogos, y destruyendo el proteccionismo estatal existente en favor del sector del taxi.

Todo ello no solo radicaría en beneficio de las empresas a nivel europeo sino también y fundamentalmente en beneficio de los consumidores, que podrían aprovechar una gama de servicios mucho más amplio y de mayor calidad, impulsada por una competitividad sana entre prestadores del mismo servicio, fundamento básico del principio de competencia, uno de los principales bastiones del Derecho de la Unión Europea.

En conclusión, no sólo existen razones económicas que evidencian la conveniencia de modificar la legislación española, tal y como se desprende del Informe de la CNMC sobre el tema: “La única opción normativa alineada con el interés general es establecer un régimen de libertad de entrada y libertad de precio en el transporte urbano de pasajeros en vehículo de turismo (taxi o VTC), en todos los segmentos del mercado y con libre prestación del servicio en todo el territorio nacional.”⁸⁰. Es que, además, existe una obligación legal, derivada del Derecho de la Unión de eliminar de nuestro ordenamiento jurídico las restricciones a la entrada y la diversidad regulatoria entre el taxi y las VTC.

⁷⁹ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. BOE núm. 157, 02/07/1985.

⁸⁰ SILOS RIBAS M., Informe Subdirección Económica CNMC, *Estimación del daño ocasionado por el régimen de monopolio en los servicios de taxi en España Informe*,

Las consecuencias laborales del Brexit para la gente de mar*

The employment consequences of Brexit for seafarers

MARÍA GORROCHATEGUI POLO

Investigadora Predoctoral

Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU)

Recibido:13.12.2023 / Aceptado:15.01.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8424

Resumen: La salida del Reino Unido de la Unión Europea ha acarreado numerosas consecuencias para la gente de mar, sin que éstas hayan sido abordadas por el instrumento que canaliza las relaciones entre las partes, esto es, por el Acuerdo de Comercio y Cooperación. El objetivo del presente trabajo consiste en analizar las consecuencias más significativas para este colectivo de personas trabajadoras desde el punto de vista laboral, centrándose específicamente en dos aspectos: la finalización de la libre circulación de trabajadores entre el Reino Unido y la UE y la reaparición del temor por una competencia social desleal como consecuencia de una posible rebaja de las condiciones sociales de la gente de mar.

Palabras clave: Gente de mar, Brexit, libre circulación, dumping social, Unión Europea.

Abstract: The exit of the United Kingdom from the European Union has had numerous consequences for seafarers, which have not been addressed by the instrument that governs the relationship between the parties, which is the Trade and Cooperation Agreement. The aim of this paper is to analyse the most significant consequences for this group of workers from an employment point of view, focusing specifically in two aspects: the ending of free movement of workers between the UK and the EU and the emergence of fears of unfair social competition as a result of a possible downgrading of seafarers' social conditions.

Keywords: Seafarers, Brexit, free movement, social dumping, European Union.

Sumario: I. Introducción. 1. El proceso de ruptura entre el Reino Unido y la Unión Europea. 2. Las previsiones del Acuerdo de Comercio y Cooperación en materia laboral y de transporte marítimo. II. El fin de la libre circulación y sus efectos sobre la gente de mar. 1. Los requisitos exigidos a las dotaciones en el marco del control de fronteras exteriores de la Unión Europea. 2. La formación y cualificación de los marinos: del reconocimiento mutuo a la aplicación del modelo de reconocimiento de terceros países. 3. La finalización de la aplicación de la normativa europea sobre el control de buques por el Estado del puerto. III. Una nueva batalla contra el dumping social y la protección de la gente de mar. 1. La finalización del cabotaje intra europeo. 2. Una respuesta protectora de la gente de mar por parte del Reino Unido. 3. La respuesta de Francia. IV. Conclusiones.

* Este artículo ha sido ejecutado con cargo al proyecto de investigación financiado por el MCIU-Proyectos de investigación no orientada titulado "El régimen jurídico del transition Law y su impacto sobre los derechos laborales de los trabajadores en mares y océanos" (ref. PID2021-124045NB-C31) y del Grupo UPV/EHU "Derecho transnacional del trabajo y transporte" (ref. GIU 21/014).

I. Introducción

1. El proceso de ruptura entre el Reino Unido y la Unión Europea

1. Tras el resultado del referéndum sobre la pertenencia del Reino Unido a la Unión Europea (UE) celebrado el 23 de junio de 2016¹, en el que los ciudadanos votaron soberanamente a favor de la salida del Reino Unido de la UE, se ponía fin a una relación de casi medio siglo de pertenencia a dicha organización supranacional². Con la notificación formal al Consejo Europeo por parte de la entonces *Premier* británica Theresa May, el 29 de marzo de 2017, se aplicaba por primera vez el artículo 50 del Tratado de la Unión Europea (TUE³) y se ponía en marcha el mecanismo de retirada de la UE, esto es, la desvinculación de este Estado miembro de los tratados de la UE y de su ingente derecho derivado⁴. Ello dio lugar al inicio de un largo y arduo proceso de negociaciones entre el Reino Unido y la UE para establecer la forma de su retirada y regular las relaciones a futuro entre ambas partes⁵. La falta de consenso y las posiciones cambiantes por parte del Reino Unido⁶ determinaron la necesidad de prorrogar en varias ocasiones la duración del periodo de negociaciones prevista en el apartado tercero del artículo 50 TUE⁷, proceso que finalmente culminó con la firma del Acuerdo de Retirada y la salida efectiva del Reino Unido en fecha 31 de enero de 2020⁸.

2. El comúnmente conocido como “Brexit” ha acarreado numerosas consecuencias en todos los sectores dado el grado de integración acumulada a lo largo de todos estos años. En un primer momento, la retirada se canalizó a través de los 185 artículos, 3 protocolos y múltiples anexos del Acuerdo de Retirada en los que se establecía un periodo transitorio -hasta el 31 de diciembre de 2020- mediante el cual se mantenía la aplicación del acervo comunitario en su práctica totalidad, si bien se restringía la participación del Reino Unido en las instituciones y en las estructuras de gobernanza de la UE⁹. Con

¹ Autorizado y regulado por la *European Union Referendum Act 2015* (C 36) del Parlamento Británico. Disponible en el siguiente enlace: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/36/pdfs/ukpga_20150036_en.pdf. Sobre las motivaciones que llevaron a convocar dicho referéndum, *vid.*, L. BURGORGUE-LARSEN, “Las raíces populistas del brexit”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 84-85, 2020, pp. 5-7.

² Ciertamente es que la relación del Reino Unido y la UE ha sido un tanto peculiar desde sus inicios dado que este país ha mostrado siempre ciertas reticencias a la cesión de soberanía. Tal es así que la pertenencia británica a la entonces Comunidad Económica Europea (CEE) fue también sometida a votación en 1975, saldándose entonces la votación a favor de permanecer en la CEE. Sobre los desencuentros entre Europa y el Reino Unido, *vid.*, R. GOSALBO BONO, “¿Brexit o bremain?”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 39, 2016, pp. 6 y ss.; G. WILSON, “Making sense of Brexit: the legal, political and global context”, *Revista General de Derecho Público Comparado*, núm. 25, 2019, versión digital; J. L. VALVERDE, *Europa: pensamiento y acción 1945-2021*, Colex, 2022, pp. 593-594.

³ *Vid.* versión consolidada en *DOUE* C 202, de 7 de julio de 2016.

⁴ Sobre la aplicación del artículo 50 TUE, *vid.*, A. MANGAS MARTÍN, “Retirada de un estado de una organización internacional: los procesos del Brexit”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, núm. 94, 2017, pp. 291-314.

⁵ Si bien el artículo 50.3 TUE prevé, desde la entrada en vigor del acuerdo de retirada o, en su defecto, en un plazo de dos años desde la notificación formal de la decisión de retirada de la UE por parte de un Estado miembro para que los Tratados dejen de aplicarse, durante el periodo de negociación del acuerdo de retirada el Derecho de la Unión -incluidos los acuerdos internacionales-, continuaron siendo aplicables en el Reino Unido para evitar perturbaciones.

⁶ A. F. TATHAM, “El largo y sinuoso camino: un análisis de la negociación del Brexit desde la perspectiva británica”, *El cronista del Estado social y democrático de Derecho*, núm. 84-85, 2020, pp. 28-39; C. GÓRRIZ LÓPEZ, “Brexit: pasado, presente y futuro”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, núm. 1, 2021, pp. 310-311; J. L. VALVERDE, *Europa: pensamiento y acción 1945-2021*, *ob. cit.*, p. 592.

⁷ En un principio las negociaciones deberían haber finalizado el 29 de marzo de 2019, fecha en la que vencía el plazo de dos años previsto en el artículo 50.3 TUE. Sin embargo, dicho plazo fue prorrogado mediante Decisiones del Consejo Europeo en varias ocasiones: en primer lugar, hasta el 12 de abril de 2019 (Decisión (UE) 2019/476, de 22 de marzo de 2019 [*DOUE* L 80 I de 22 de marzo de 2019]); posteriormente, hasta el 31 de octubre de 2019 (Decisión (UE) 2019/584, de 11 de abril de 2019 [*DOUE* L 101 de 11 de abril de 2019]) y finalmente, hasta el 31 de enero de 2020 (Decisión (UE) 2019/1810, de 29 de octubre de 2019 [*DOUE* L 278 I de 30 de octubre de 2019]). Una cronología del proceso de salida del Reino Unido de la UE puede encontrarse en I. RIBES MORENO, “España, Gibraltar y Brexit: trabajadores ante un futuro incierto”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 57, 2021, pp. 47-92.

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).

⁹ Puede encontrarse una sucinta explicación del contenido del Acuerdo de Retirada en el siguiente enlace: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/relations-non-eu-countries/relations-united-kingdom/eu-uk-withdrawal-agreement_es

ello, el Acuerdo de Retirada trataba de garantizar una salida paulatina del Reino Unido a todos los efectos y en los diferentes ámbitos, preparando así a los ciudadanos, a los diferentes actores económicos y a las administraciones para la salida¹⁰. Sin embargo, en este primer periodo transitorio lo cierto es que las consecuencias para la gente de mar fueron escasas -por no decir nulas-, toda vez que se mantuvo la aplicación del Derecho de la UE mientras se llevaba a cabo la “desconexión ordenada¹¹” del Reino Unido y ello, pese a que *stricto sensu* ya no fuera miembro de la UE.

3. Sin embargo, nada había predeterminado para el día después de este periodo transitorio en el que el Reino Unido pasaba a convertirse en un Estado tercero y el Derecho comunitario dejaba de aplicarse en su totalidad, lo que se temía que diera lugar a una situación de ruptura abrupta¹². Esta situación se remedió entablando un nuevo proceso de negociación con vistas a la suscripción de un acuerdo de asociación, conforme a lo dispuesto en el artículo 217 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE¹³), el cual dio lugar al Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la UE y el Reino Unido (Acuerdo de Comercio y Cooperación¹⁴), firmado el 30 de diciembre de 2020 y en vigor desde el 1 de mayo de 2021¹⁵. Este Acuerdo se estructura en torno a cuatro pilares: un acuerdo de libre comercio; un marco de cooperación en materia económica, social, medioambiental y pesca; una asociación en materia de seguridad, cooperación policial y cooperación judicial en materia penal y, finalmente, un marco de gobernanza global¹⁶. Es a partir de entonces cuando la retirada del Reino Unido de la Unión Europea se manifiesta con mayor rigor y deja ver las consecuencias de convertirse en un Estado tercero.

2. Las previsiones del Acuerdo de Comercio y Cooperación en materia laboral y de transporte marítimo

4. Dentro del Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la UE y el Reino Unido, el Título XI establece un *level playing field*¹⁷, esto es, un conjunto de normas destinadas a mantener la igualdad de condiciones y garantizar una competencia abierta y justa entre las Partes en los mercados, de manera que ello propicie el desarrollo sostenible¹⁸. Afirmando el derecho de las Partes a determinar los niveles de

¹⁰ En lo que respecta específicamente a las consecuencias laborales y de protección social contempladas en el Acuerdo de Retirada, *vid.*, F. BERNAL SANTAMARÍA, “El Brexit: ¿consecuencias laborales y de protección social en España?”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 57, 2021, pp. 93-134.

¹¹ Expresión utilizada por el profesor Pastor Palomar. *Vid.* A. PASTOR PALOMAR, *Acuerdo de comercio y cooperación de la UE y Euratom con el Reino Unido*, Thomson Reuters Aranzadi, 2022, p. 37.

¹² En este sentido, el único documento que regulaba las relaciones futuras entre la Unión y el Reino Unido era la Declaración Política firmada entre ambas partes (DOUE CI 384, de 12 de noviembre de 2019).

¹³ *Vid.* versión consolidada en DOUE C 83, de 30 de marzo de 2010.

¹⁴ DOUE L 149, de 30 de abril de 2021. Cabe señalar que dicho Acuerdo de Comercio y Cooperación fue publicado dos veces en el DOUE siendo la referida la última de las versiones publicada. *Vid.* X. M. CARRIL VÁZQUEZ, “El trabajo y la protección de Seguridad Social a bordo de los buques de pesca en el Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la Unión Europea y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 60, 2021, pp. 582-584.

¹⁵ Dada la premura, se previó la aplicación provisional del Acuerdo de Comercio y Cooperación desde el 1 de enero de 2021 si bien su entrada en vigor formal, esto es, tras la aprobación por parte del Parlamento Europeo y el acuerdo de los Estados miembros en el Consejo, pero sin necesidad de ratificación por los parlamentos nacionales, tal y como dispone el artículo 218 TFUE, fue el 1 de mayo de 2021.

¹⁶ Sobre el contenido del Acuerdo de Comercio y Cooperación en extenso, *vid.* E. FEÁS COSTILLA Y A. ANCHUELO CREGO, “Las claves del Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la UE-27 y el Reino Unido”, *Análisis del Real Instituto Elcano*, núm. 5, 2021, versión digital; A. PASTOR PALOMAR, *Acuerdo de comercio y cooperación de la UE y Euratom con el Reino Unido*, *ob. cit.*; C. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN Y J. A. GARCÍA LÓPEZ (COORDS.), *El acuerdo de comercio y cooperación entre la Unión Europea y el Reino Unido*, Dykinson, 2022.

¹⁷ C. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN Y J. A. GARCÍA LÓPEZ (COORDS.), *El acuerdo de comercio y cooperación entre la Unión Europea y el Reino Unido*, *ob. cit.*, p. 37.

¹⁸ El artículo 355.1 del Acuerdo de Comercio y Cooperación establece lo siguiente: “Las Partes reconocen que el comercio y la inversión entre la Unión y el Reino Unido en los términos establecidos en el presente Acuerdo requieren igualdad de condiciones que garanticen una competencia abierta y justa entre las Partes y que el comercio y la inversión se produzcan de una manera que propicie el desarrollo sostenible”.

protección que consideren adecuados, así como sus políticas y prioridades¹⁹, el Acuerdo de Comercio y Cooperación se refiere a la convergencia de determinados estándares para la defensa de la competencia, entre ellos, aquellos estándares en materia laboral que puedan afectar al comercio y a la inversión.

5. En lo que respecta a las previsiones establecidas en el Acuerdo de Comercio y Cooperación en materia laboral y de protección social, el principio al que se comprometen las Partes es a no incurrir en una regresión de los niveles de protección, es decir, en una debilitación o reducción de sus niveles de protección laboral y social por debajo de los existentes al final del periodo transitorio²⁰. Para ello, se comprometen a controlar el cumplimiento de la normativa laboral mediante el establecimiento de un sistema efectivo de inspecciones laborales; la garantía de la existencia de procedimientos administrativos y judiciales que permitan que, tanto los poderes públicos como los particulares legitimados para ello, puedan emprender las acciones oportunas contra infracciones de la legislación laboral y de protección social; o mediante el establecimiento de recursos apropiados y efectivos, así como de sanciones proporcionadas y disuasorias²¹.

6. Asimismo, para mejorar la integración de la dimensión laboral del desarrollo sostenible en las relaciones comerciales y de inversión, el Acuerdo de Comercio y Cooperación inserta una serie de referencias a normas y acuerdos laborales multilaterales en su Capítulo 8. En este sentido, las Partes se comprometen a promover el desarrollo del comercio internacional de manera que favorezca el trabajo decente para todos -en los términos expresados en la Declaración de la OIT sobre justicia social para una globalización equitativa de 2008- y reafirman su compromiso de respetar, promover y aplicar con eficacia las normas fundamentales del trabajo definidas en los convenios fundamentales de la OIT²².

7. Además de estas disposiciones generales en materia laboral, el Acuerdo de Comercio y Cooperación incluye -en su Segunda Parte- ciertas disposiciones específicas sobre los servicios de transporte marítimo internacional²³, entendiéndose por tal el transporte de pasajeros o carga por buques marítimos entre un puerto de una Parte y un puerto de la otra Parte²⁴. En concreto, en virtud del Acuerdo, las Partes se obligan a aplicar el principio de libre acceso a los mercados y comercio marítimos internacionales -con excepción del cabotaje marítimo nacional y del transporte por vías navegables interiores²⁵- sobre

¹⁹ Dispone el artículo 356.1 del Acuerdo de Comercio y Cooperación que: “Las Partes afirman el derecho de cada una de ellas a establecer sus políticas y prioridades en los ámbitos comprendidos en este título, a determinar los niveles de protección que consideren adecuados y a adoptar o modificar sus leyes y políticas de manera coherente con los compromisos internacionales de cada una de las Partes, incluidos los contemplados en el presente título”.

²⁰ A estos efectos, el artículo 386 del Acuerdo de Comercio y Cooperación entiende por “niveles de protección laboral y social” los niveles de protección establecidos con carácter general en la legislación y normas de las partes en los siguientes ámbitos: a) derechos fundamentales en el trabajo; b) normas sobre salud y seguridad en el trabajo; c) normas sobre condiciones laborales y de empleo justas; d) derechos de información y consulta a nivel de empresa o e) la reestructuración de empresas. Además, precisa el apartado 2 de esta disposición que, en el caso de la UE, los niveles de protección laboral y social serán aquellos que sean de aplicación a todos y en todos los Estados miembros.

²¹ *Vid.* artículo 388 del Acuerdo de Comercio y Cooperación.

²² *Ibidem*, artículo 399.

²³ Aunque no serán objeto de análisis en este trabajo, por limitarse el mismo a las consecuencias laborales del Brexit en el sector de la marina mercante, debe señalarse que el Acuerdo de Comercio y Cooperación también prevé una serie de disposiciones relacionadas con el sector marítimo-pesquero (epígrafe 5 de la Segunda Parte y Anexos 35 a 38), fuertemente afectado por la retirada del Reino Unido de la UE. Sobre el particular, *vid.*, J. M. SOBRINO HEREDIA, “El espacio marítimo común europeo y la maraña del Brexit” en J. M. SOBRINO HEREDIA y G. A. OANTA, *La construcción jurídica de un espacio marítimo común europeo*, Bosch, 2020, pp. 281-299; P. CHAUMETTE, “L’impact maritime du BREXIT”, *Neptunus*, Vol. 26, núm. 2, 2020, pp. 5-8; X. M. CARRIL VÁZQUEZ, “El trabajo y la protección de seguridad social a bordo de los buques de pesca en el Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la Unión Europea y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte”, *ob. cit.*, pp. 579-607; B. D. STEWART, C. WILLIAMS, R. BARNES, S. F. WALMSLEY y G. CARPENTER, “The Brexit deal and UK fisheries-has reality matched the rhetoric?”, *Maritime Studies*, núm. 21, 2022, pp. 1-17.

²⁴ Dichas disposiciones se encuentran en el Título II “Servicios e inversión”, Capítulo 5 “Marco regulador”, Sección 6 “Servicios de transporte marítimo internacional”, artículos 190 y 191.

²⁵ Véanse las excepciones establecidas en el artículo 123.5 c) y d) del Acuerdo de Comercio y Cooperación. En lo que respecta al cabotaje marítimo nacional, el propio Acuerdo indica que dicho tráfico abarca en el caso de la Unión, sin perjuicio del abanico de actividades que puedan considerarse cabotaje con arreglo a la legislación nacional pertinente, el transporte de

una base comercial y no discriminatoria, concediendo a los buques que enarbolan pabellón de la otra Parte -o sean explotados por proveedores de servicios de la otra Parte- un trato no menos favorable que el que conceda a sus propios buques en lo que atañen a cuestiones como el acceso a los puertos; el uso de infraestructuras portuarias; el uso de servicios marítimos auxiliares y las instalaciones aduaneras y la asignación de atracadores e instalaciones para carga y descarga, incluidas las tasas y cargas conexas²⁶.

8. Ahora bien, pese a la incidencia del Brexit en las condiciones laborales de la gente de mar, esta dimensión no ha sido abordada por el Acuerdo de Comercio y Cooperación, que guarda silencio al respecto. Los mayores efectos del Brexit se proyectan en la pérdida de la libertad de circulación de los trabajadores del mar (II) y en la reaparición del temor por una competencia social desleal o *dumping* social como consecuencia de una rebaja de las condiciones sociales de la gente de mar (III). El análisis del impacto de este nuevo marco jurídico y sus consecuencias laborales sobre la gente de mar es el que centrará el objeto de las próximas páginas.

II. El fin de la libre circulación y sus efectos sobre la gente de mar

9. El principio de libre circulación de las personas trabajadoras, consagrado en el artículo 45 del TFUE, constituye una de las cuatro libertades fundamentales sobre las que se asienta el proyecto de integración europeo, así como un instrumento al servicio de los intereses económicos que se presenta -en materia marítima- como elemento clave para la mejora de la competitividad del transporte marítimo en el seno de la UE²⁷. Su objetivo no es otro que el de facilitar el flujo o circulación de la gente de mar por el territorio de la Unión Europea, aunque también permite el recurso a mano de obra de terceros países para prestar servicios en buques europeos²⁸. Sin embargo, desde el 1 de enero de 2021 el ejercicio del derecho a la libre circulación de personas ha dejado de ser aplicable entre el Reino Unido y la UE²⁹, sin que el Acuerdo de Comercio y Cooperación haya establecido un régimen uniforme de requisitos aplicable a todos los Estados por igual³⁰. Las consecuencias del fin de la libre circulación atañen a la gente de mar -principalmente- en los siguientes aspectos: en primer lugar, en la aplicación de las exigencias establecidas en materia de extranjería e inmigración para poder cruzar las fronteras europeas con la finalidad de embarcar, desembarcar o reembarcar a bordo de un buque en el que vayan a trabajar o hayan trabajado como marinos (1); en segundo lugar, en materia de acceso a las profesiones a bordo de buques, en virtud de la inaplicación de la normativa relativa al reconocimiento mutuo de títulos en el seno de la UE (2) y por último, en materia de control por parte del Estado del puerto (3).

pasajeros o mercancías entre un puerto o un punto situado en un Estado miembro y otro puerto o punto situado en el mismo Estado miembro, incluida su plataforma continental, según se establece en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, así como el tráfico con origen y destino en el mismo puerto o punto situado en un Estado miembro; en el caso del Reino Unido, el transporte de pasajeros o mercancías entre un puerto o punto situado en el Reino Unido y otro puerto o punto situado en el Reino Unido, incluida su plataforma continental, conforme a lo dispuesto en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, así como el tráfico con origen y destino en el mismo puerto o punto situado en el Reino Unido.

²⁶ *Vid.*, artículo 191.1 del Acuerdo de Comercio y Cooperación.

²⁷ Sobre el principio de libre circulación *vid.*, *in extenso*, O. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, “Libre circulación de personas por el territorio comunitario” en J. GARCÍA MURCIA (DIR.), *Libertades de circulación y derechos de protección social en la Unión Europea*, Juruá, 2016, pp. 37-69.

²⁸ O. FOTINOPOULOU BASURKO, *La gente de mar en el Derecho de la Unión Europea*, Thomson Reuters Aranzadi, 2023 p. 140.

²⁹ Sobre la regulación de los derechos de retirada vinculados a la circulación de personas en el Acuerdo de Retirada, *vid.*, M. GARDEÑES SANTIAGO, “La circulación de personas físicas en el Acuerdo de Retirada del Reino Unido de la Unión Europea”, *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, núm. 40, 2020, versión digital. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7688342.pdf>

³⁰ El artículo 492.1 del Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la UE y el Reino Unido efectúa una referencia a los visados para visitas de corta duración, estableciéndose al efecto la exención de visado. Igualmente, existen ciertas referencias a la entrada y estancia temporal de personas físicas con fines empresariales (art. 140 y ss. y Anexos 21 a 23) si bien éstas no resultan de aplicación al colectivo de personas trabajadoras analizado en el presente artículo. Sobre el particular, *vid.* A. MARTÍN-POZUELO LÓPEZ LÓPEZ, “El régimen aplicable a las relaciones laborales internacionales con conexiones con el Reino Unido tras la consumación del Brexit”, en T. SALA FRANCO Y E. LÓPEZ TERRADA (DIRS.), *Las relaciones laborales internacionales*, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 315-342.

1. Los requisitos exigidos a las dotaciones en el marco del control de fronteras exteriores de la Unión Europea

10. Tras el Brexit, los trabajadores-marinos nacionales del Reino Unido que atraviesen las fronteras de la Unión Europea para embarcarse, desembarcarse o reembarcarse en un buque en el que vayan a trabajar o hayan trabajado, deberán someterse al preceptivo control migratorio que, en la práctica, suele consistir en la presentación de una documentación específica³¹. Dado que la gente de mar es un colectivo de trabajadores migrantes por naturaleza, la normativa internacional se ha ocupado de esta cuestión desde hace décadas³². En efecto, existen dos instrumentos internacionales que tratan esta cuestión. Por un lado, en el seno de la OMI, se aprobó el Convenio para facilitar el tráfico marítimo internacional, adoptado en 1965³³ y enmendado en 2009³⁴ (Convenio FAL) cuyo objetivo es simplificar los trámites y formalidades documentales en los procesos de llegada, estancia y salida de buques, tripulaciones, pasajeros, equipajes y carga³⁵. Por otro lado, la OIT adoptó el Convenio sobre los documentos de identidad de la gente de mar de 1958 (Convenio núm. 108³⁶), que fue sustituido en el año 2003 por el Convenio núm. 185³⁷, y tiene por finalidad el establecimiento de un Documento de Identidad de la gente de mar (DIM o SID, según sus siglas en inglés), común y sustitutivo del pasaporte y del visado, creando así el primer marco jurídico internacional que establece un sistema de identificación mundial para permitir el desembarco temporal del marino en tierra durante las escalas que realice el buque³⁸. En particular, todo marino titular de un DIM válido estará autorizado a entrar en el territorio de los países signatarios del Convenio núm. 185 en los siguientes supuestos: bajar a tierra mientras dure la escala del buque; el embarco o reembarco y el tránsito para embarcarse en su buque en otro país o para su repatriación³⁹.

11. Sumados a estos instrumentos internacionales, debe aludirse a los instrumentos de regulación del control de las fronteras exteriores en el ámbito de la Unión Europea. Merece especial atención el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 1985 que, actualmente, se recoge en el Reglamento (UE) n° 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen⁴⁰), el cual establece las normas aplicables al control fronterizo de las personas que crucen las fronteras exteriores de los Estados miembros y en el Reglamento (CE) n° 810/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por el que se establece un Código comunitario sobre visados (Código de visados⁴¹) que regula los procedimientos y condiciones para la expedición de visados de corta duración, siendo establecidos los terceros países cuyos nacionales están sometidos o

³¹ Aunque no será objeto de análisis en este trabajo, las personas trabajadoras del mar europeas también deberán someterse a las normas establecidas al respecto por el Reino Unido, concretamente, en la Sección 8 (1) “seamen and aircrews” de la *Immigration Act* (C 77) 1971, e igualmente, a las disposiciones del Convenio de la OIT sobre los documentos de identidad de la gente de mar de 1958 (Convenio núm. 108) ratificado por el Reino Unido en 1964.

³² O. FOTINOPOULOU BASURKO, *La gente de mar en el Derecho de la Unión Europea*, ob. cit., p. 156.

³³ BOE núm. 231, de 26 de septiembre de 1973.

³⁴ BOE núm. 280, de 19 de noviembre de 2010.

³⁵ Cabe señalar que, en las enmiendas efectuadas al referido Convenio por el Comité de Facilitación en su 35º periodo de sesiones del año 2009, la Norma 3.10 se sustituye para incorporar como documento de identidad de la gente de mar aquellos expedidos de conformidad con los instrumentos de la OIT al efecto.

³⁶ Adoptado en fecha 13 de mayo de 1958.

³⁷ Convenio sobre los documentos de identidad de la gente de mar (revisado), 2003, en su versión enmendada (núm. 185), adoptado el 19 de junio de 2003 y en vigor desde el 9 de febrero de 2005. Sus Anexos fueron enmendados en el año 2016, entrando en vigor las modificaciones efectuadas en fecha 8 de junio de 2017.

³⁸ Sobre el Convenio 158 y el Convenio 185 de la OIT, vid., M. L. MCCONNELL, “The ILO’s Seafarers’ Identity Documents Convention (Revised), 2003 (n° 185) after more than a decade: Ahead of its time or case of good intentions gone wrong?”, en P. CHAUMETTE (Coord.), *Seafarers: an international labour market in perspective*, Gomylex, 2016, pp. 285-334.

³⁹ Vid., artículo 6 del Convenio núm. 185 de la OIT.

⁴⁰ DOUE L 77, de 23 de marzo de 2016.

⁴¹ DOUE L 243, de 15 de septiembre de 2009. Este Reglamento ha sido modificado en numerosas ocasiones, siendo la última de ellas la efectuada por el Reglamento (UE) 2019/1155, de 20 de junio de 2019, del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 188, de 12 de julio de 2019).

exentos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores de la UE en el Reglamento (UE) n° 2018/1806⁴².

12. En particular, el Anexo VII del Reglamento (UE) n° 2016/399, vincula la obligación de presentar visado a la nacionalidad de los marinos. En el caso específico del Reino Unido se prevé que sus nacionales solo deban presentar el DIM para estancias no superiores a 90 días dentro de un periodo de 180 días⁴³. Además, el artículo 11 de dicho Reglamento, establece que los marinos que realicen una escala y permanezcan en la zona del puerto, no precisarán de sello de entrada ni salida en su documento de entrada ni de salida⁴⁴.

13. Igualmente, si bien se trata de una cuestión distinta pero conectada con la anterior, cabe hacer referencia a la reserva de acceso a determinados puestos de la tripulación a los nacionales de un Estado miembro de la UE o del Espacio Económico Europeo (EEE). El tradicional privilegio de nacionalidad -establecido en buena parte de las legislaciones de los Estados miembros- que reserva el acceso a distintos empleos marítimos -normalmente a los de más alta cualificación- en función de la nacionalidad⁴⁵, sí resultará aplicable al Reino Unido en tanto que país tercero y, correlativamente, el Reino Unido podría en la actualidad introducir esta reserva en su legislación interna.

14. El efecto es, por tanto, doble. Por un lado, el Reino Unido no tendría limitación alguna en relación con la reserva de acceso, lo que podría perjudicar a los trabajadores-marinos de buques europeos; y por otro lado, los marinos ingleses han pasado a ser considerados como extranjeros a todos los efectos, lo que -igualmente- les podría afectar de manera negativa a la hora de embarcarse en buques de pabellón europeo. En el caso específico español, el artículo 162 de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima (LNM⁴⁶) establece dos particularidades en relación con la dotación del buque⁴⁷.

⁴² Reglamento (UE) 2018/1806 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación. *DOUE* L 303, de 28 de noviembre de 2018. Este Reglamento ha sido modificado en varias ocasiones tras su entrada en vigor, siendo la última de ellas el Reglamento (UE) 2023/850 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de abril de 2023 (*DOUE* L 110, de 25 de abril de 2023).

⁴³ *Vid.* Anexo II del Reglamento (UE) n° 2018/1806 tras las modificaciones efectuadas por el Reglamento (UE) 2019/592 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de abril de 2019, que modifica el Reglamento (UE) 2018/1806 por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación, en lo que respecta a la retirada del Reino Unido de la Unión (*DOUE* L 103I de 12 de abril de 2019). Debe puntualizarse que el Reglamento excluye expresamente a los nacionales británicos de ultramar que no tienen la condición de ciudadanos británicos, esto es, a los ciudadanos de los territorios británicos de ultramar (“*British overseas territories citizens*”), que incluyen Anguila, Bermudas, Territorio Antártico Británico, Territorio Británico del Océano Índico, Islas Vírgenes Británicas, Islas Caimán, Islas Malvinas, Gibraltar, Montserrat, Islas Pitcairn, Santa Elena, Ascensión y Tristán da Cunha, Islas Georgias del Sur y Sándwich del Sur e Islas Turcas y Caicos; a las personas británicas protegidas y a los súbditos británicos. *Vid.*, Artículo 1.4 del Reglamento (UE) n° 2019/952 por el que se modifica el apartado 3 del Anexo II del Reglamento (UE) 2018/1806.

⁴⁴ No obstante, la norma no define el término escala y la STJUE 5 de febrero de 2020, *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid y otros*, asunto C-341/18, ha suscitado ciertas dudas al respecto, toda vez que consideró que un buque atracado durante varias semanas en un puerto marítimo y cuya fecha de partida es incierta, no efectúa una escala a estos efectos. Puede leerse un comentario de la sentencia en P. CHAUMETTE, “Du code frontières Schengen et du travail à bord, à quai, des marins non européens”, *Observatoire des Droits des Marins*, 24 de abril de 2020. Disponible en el siguiente enlace: https://www.obs-droits-marins.fr/_bibli/articlesPage/586/docs/du_code_frontieres_schengen_et_du_transit_terrestre_des_marins_non_europeens.pdf

⁴⁵ Aunque tradicionalmente buena parte de los Estados miembros de la UE haya dispuesto en sus legislaciones internas el privilegio de nacionalidad, en virtud del cual se venían reservando a los nacionales del país donde estuviera registrado o abanderado el buque el acceso a determinados puestos de la tripulación -capitán, primeros oficiales u otros miembros de la dotación-, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) no tardó en declarar dicho privilegio incompatible con el Derecho de la UE en tanto que suponía una traba a la libre circulación de trabajadores y era contrario al principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de nacionalidad (*vid.*, STJUE 4 de abril de 1974, *Comisión de las Comunidades Europeas contra República francesa*, asunto C-167/73 o más recientemente la STJUE 30 de septiembre de 2003, *Colegio Oficial de la Marina Mercante Española contra Administración del Estado*, asunto C-405/01).

⁴⁶ BOE núm. 180, de 25 de julio de 2014.

⁴⁷ A efectos de lo dispuesto en esta Ley, se entiende por “dotación” el conjunto de personas empleadas a bordo de un buque en cualquiera de sus departamentos o servicios, ya sea contratada directamente por el armador o por terceros, excluyendo aque-

En primer lugar, se dispone que al menos el cincuenta por ciento de la dotación debe tener nacionalidad española o de un Estado miembro de la UE o del EEE. A estos efectos, los marinos nacionales del Reino Unido enrolados en los buques españoles no serán considerados europeos sino extranjeros. En segundo lugar, el citado artículo establece que tanto el capitán como el primer oficial de cubierta de los buques nacionales deberán tener la nacionalidad de un Estado miembro de la UE o del EEE⁴⁸. En consecuencia, desde la salida del Reino Unido de la UE, los marinos nacionales de este país no podrán tampoco acceder ni promocionar al puesto de capitán ni de primer oficial de buques españoles por no ser nacionales de un Estado miembro de la UE ni del EEE.

15. Aunque el Acuerdo de Comercio y Cooperación no prevé nada al respecto sobre esta cuestión, cabe preguntarse si podría ser conveniente que el principio de libre acceso a los mercados y de trato no menos favorables fuera completado con el principio de reciprocidad en materia de acceso a determinados puestos de la tripulación. De esta manera, en el caso de que el Reino Unido incluyera dicho privilegio en su legislación, se evitaría que estas limitaciones por razón de la nacionalidad afectaran a la empleabilidad y promoción profesional de los marinos.

2. La formación y cualificación de los marinos: del reconocimiento mutuo a la aplicación del modelo de reconocimiento de terceros países

16. La retirada del Reino Unido de la Unión Europea supuso el fin de la aplicación del conjunto de disposiciones de la Directiva (UE) 2019/1159 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa al nivel mínimo de formación en las profesiones marítimas⁴⁹. Por ende, desde el 1 de enero de 2021, los certificados de competencia, títulos de suficiencia y certificados médicos expedidos por el Reino Unido no son reconocidos por los Estados miembros y, correlativamente, el Reino Unido dejó de expedir y refrendar conforme a las disposiciones de la citada Directiva los certificados de competencia, títulos de suficiencia y certificados médicos emitidos bajo la autoridad de los Estados miembros si bien aquellos expedidos y refrendados hasta el 31 de diciembre de 2020, seguirán siendo plenamente válidos hasta su fecha de expiración.

17. Como bien es sabido, la formación de la gente de mar constituye un aspecto clave para la seguridad y la prevención de la contaminación marítima, habiendo sido identificado el error humano derivado de la falta de formación y preparación de los trabajadores del mar como causa de algunos de los grandes accidentes marítimos y catástrofes medioambientales de las últimas décadas⁵⁰. Más allá de lo anterior, en el ámbito de la Unión Europea, la aplicación armonizada de unas normas en materia de formación y titulación de la gente de mar se identifica también como un aspecto tendente a facilitar la libre circulación de los trabajadores del mar en el seno de la UE, lo que contribuye a aumentar la

llas personas cuyo trabajo no forme parte de la actividad cotidiana del buque y cuyo lugar de trabajo principal no se encuentre en éste (artículo 156 LNM).

⁴⁸ Excepcionando aquellos supuestos en que se establezca por la Administración Marítima que estos empleos han de ser desempeñados por ciudadanos de nacionalidad española por implicar el ejercicio efectivo de forma habitual de prerrogativas de poder público que no representen una parte muy reducida de sus actividades.

⁴⁹ DOUE L 188, de 12 de julio de 2019. Esta Directiva constituye una versión más reciente de la Directiva 94/58/CE, de 22 de noviembre de 1994, que introdujo por primera vez el Convenio STCW al Derecho de la Unión y es, a su vez, el producto de un largo historial en relación con la materia. Con posterioridad a la salida del Reino Unido de la UE, cabe señalar que esta norma ha sido objeto de codificación a través de la Directiva (UE) 2022/993 (DOUE L 169, de 27 de junio de 2022).

⁵⁰ O. FOTINOPOULOU BASURKO, “La incidencia de la evolución normativa sobre seguridad marítima internacional en la protección de los derechos sociales de la gente de mar” en O. FOTINOPOULOU BASURKO (Dir.), *La seguridad marítima y los derechos laborales de la gente de mar*, Gomylex, 2014, p. 25; E. LÓPEZ RUBIA, “La formación y capacitación de los trabajadores de los distintos sectores del transporte como elemento fundamental entre la consecución del mercado interior y el impulso de la movilidad de trabajadores europeos”, en O. FOTINOPOULOU BASURKO (Dir.), *Los trabajadores del transporte en el Derechos de la Unión Europea*, Thomson Reuters Aranzadi, 2022, p. 95.

competitividad del sector y a atraer a los ciudadanos de la Unión -en particular, a los jóvenes- a las profesiones marítimas⁵¹.

18. Desde esta perspectiva, uno de los objetivos de la política común de transportes -en el ámbito particular del transporte marítimo- es el de mejorar el nivel de conocimientos y competencias de la gente de mar de la Unión mediante el desarrollo de una formación y una titulación marítimas conformes con la normativa internacional⁵². En efecto, la formación y capacitación de la gente de mar que presta servicio a bordo de buques de navegación marítima que enarbolan el pabellón de un Estado miembro⁵³, viene regulada -en la actualidad- por la Directiva (UE) 2022/993, cuyo objetivo es armonizar las normas europeas a la versión actualizada del Convenio de la Organización Marítima Internacional sobre normas de Formación, Titulación y Guardia para gente de mar de 1978 (Convenio STCW⁵⁴).

19. Además de enumerar los requisitos de formación y de competencia necesarios para adquirir el título de competencia y certificado de suficiencia y de regular la formación especializada⁵⁵, la Directiva (UE) 2022/993 establece el principio de reconocimiento mutuo de los títulos profesionales para prestar servicios a bordo de buques mercantes expedidos por los Estados miembros, con independencia de la nacionalidad de la gente de mar⁵⁶. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6 de la citada norma, todos los Estados miembros aceptarán los certificados de suficiencia y las pruebas documentales expedidas por otro Estado miembro o bajo su autoridad (apartado 1); reconocerán los títulos de competencia expedidos por otro Estado miembro o los certificados de suficiencia expedidos por otro Estado miembro a capitanes y oficiales (apartado 2) y aceptarán los certificados médicos expedidos bajo la autoridad de

⁵¹ O. FOTINOPOULOU BASURKO, “European Social Law of Seafarers: between common market and substantive law” en P. CHAUMETTE (Coord.), *Seafarers: an international labour market in perspective*, Gomylex, 2016, p. 409; O. FOTINOPOULOU BASURKO, *La gente de mar en el Derecho de la Unión Europea*, ob. cit., pp. 74-75.

⁵² Ello puede verse claramente en el Libro Verde de la Comisión Europea “Hacia una futura política marítima de la Unión: perspectiva europea de los océanos y mares”, COM (2006) 275 final o en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo y el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones “Una política marítima integrada para la Unión Europea”, COM (2007) 591 final. Más recientemente, véase el Considerando 8 de la Directiva (UE) 2022/993.

⁵³ Se excluyen del ámbito de aplicación de la Directiva (UE) 2022/993 aquellas personas que presten servicios en buques de guerra, unidades navales auxiliares y otros tipos de buques de los que sea propietario un Estado miembro o empresa explotadora y estén dedicados exclusivamente servicios gubernamentales de carácter no comercial; buques pesqueros; yates de recreo no utilizados comercialmente y buques de madera de construcción primitiva (artículo 1).

⁵⁴ El Convenio internacional sobre normas de formación, titulación y guardia para la gente de mar de 7 de julio de 1978 fue el primer texto normativo que estableció prescripciones básicas relativas a la formación, titulación y guardia para la gente de mar a nivel internacional. Con anterioridad a su promulgación, cada Estado establecía sus propias normas de formación, titulación y guardia aplicables a los oficiales y marineros, sin remitirse -en general- a las prácticas de otros países. Esto suponía que las normas y procedimientos fueran muy dispares, pese a que el transporte marítimo es el más internacional de todos los sectores económicos. *Vid.*, I. BALLESTER PASTOR, M. DE LA CAMPA PORTELA Y A. CASTAÑOS URKULLU, “La formación mínima de la gente de mar y la exigible incorporación del Convenio STCW enmendado por la Conferencia de Manila y de las Directivas STCW al ordenamiento español” en O. FOTINOPOULOU BASURKO (Coord.), *La seguridad marítima y los derechos laborales de la gente de mar*, Gomylex, 2014, p. 425.

Por otro lado, el Convenio ha sido enmendado en dos ocasiones, la primera en el año 1995 y la segunda en el año 2010 (conocidas estas últimas como “enmiendas de Manila”). Sobre las enmiendas, *vid.*, A. CHARBONNEAU, *Marché International du Travail Maritime. Un cadre juridique en formation*, Presse Universitaires d’Aix-Marseille, 2009, p. 210; J. RODRIGO DE LARRUCEA, “Las enmiendas de Manila 2010 al Convenio STCW 78/95: Un nuevo perfil formativo para la gente de mar”, 2013. Disponible en el siguiente enlace: <https://upcommons.upc.edu/handle/2117/18234>.

Asimismo, cabe señalar que este Convenio se considera uno de los cuatro pilares del régimen normativo internacional del transporte marítimo junto con otros dos Convenios de la OMI, a saber, el Convenio SOLAS sobre seguridad de la vida humana en el mar y el Convenio MARPOL sobre la prevención de la contaminación marina y el Convenio sobre el Trabajo Marítimo 2006 (MLC, 2006) de la OIT. Al respecto, *vid.*, P. CHAUMETTE, “El Convenio sobre el trabajo marítimo, cuarto pilar del Derecho internacional marítimo”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración. Derecho social Internacional y Comunitario*, núm. 82, 2009, p. 65.

⁵⁵ Al respecto, *vid.*, O. FOTINOPOULOU BASURKO, “La profesión de marino como profesión reglamentada: la Directiva 2019/1159 sobre el nivel mínimo de formación en las profesiones marítimas y el reconocimiento mutuo de títulos”, en *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 11, 2019, pp. 1133-1145.

⁵⁶ Artículo 1.2 de la Directiva (UE) 2022/993.

otro Estado miembro (apartado 3), a fin de permitir que la gente de mar pueda prestar servicio a bordo de buques que enarbolan el pabellón del Estado de acogida.

20. Tras el Brexit, el régimen aplicable ha pasado a ser el dispuesto en el artículo 20 de la Directiva (UE) 2022/993 para el reconocimiento de títulos expedidos por terceros países. A tal efecto, dispone la citada Directiva que cualquier Estado miembro que desee reconocer -mediante refrendo- los títulos de competencia o los certificados de suficiencia expedidos por un tercer país para prestar servicio en buques que enarbolan su pabellón deberá presentar una solicitud a la Comisión, acompañada de un análisis preliminar del cumplimiento por parte del tercer país de los requisitos del Convenio STCW. La Comisión, asistida por la Agencia Europea de Seguridad Marítima (por sus siglas en inglés, “EMSA”), llevará a cabo una evaluación de los sistemas de formación y titulación de dicho tercer país a fin de comprobar que cumple con todos los requisitos del Convenio STCW y que se han tomado las medidas adecuadas para evitar la expedición de títulos fraudulentos, examinando -igualmente- si ha ratificado el Convenio sobre el Trabajo Marítimo de 2006 de la OIT. Una vez realizado el proceso de evaluación descrito, pueden darse tres escenarios⁵⁷: el primero de ellos, es que la Comisión concluya que el Estado tercero cumple todos los requisitos y, por tanto, adopte una Decisión -en un plazo de 24 meses a partir de la presentación de la solicitud por parte del Estado miembro- a través de la cual se produzca el reconocimiento de ese tercer país⁵⁸. Una vez reconocido el Estado tercero por la Comisión, el resto de Estados miembros podrán -con respecto a los buques que enarbolan su pabellón- refrendar los títulos expedidos por dicho Estado⁵⁹. El segundo escenario posible es que el tercer país de que se trate necesite aplicar importantes medidas correctivas, incluidas modificaciones en su legislación y en su sistema de educación, formación y titulación, para cumplir los requisitos del Convenio STCW. En este caso, la Comisión adoptará una Decisión en un plazo de 36 meses a partir de la presentación por parte de un Estado miembro de la solicitud de reconocimiento. En tercer lugar, la Comisión podrá adoptar una Decisión a través de la cual retire el reconocimiento otorgado a un tercer país⁶⁰. A tal efecto, la Directiva dispone

⁵⁷ Previstos en el artículo 20.3 de la Directiva (UE) 2022/993.

⁵⁸ Son más de 50 los terceros países reconocidos actualmente por la UE. En este sentido, *vid.* a título de ejemplo, la Decisión de Ejecución (UE) 2018/501 de la Comisión, de 22 de marzo de 2018, relativa al reconocimiento del Sultanato de Omán de conformidad con la Directiva 2008/106/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a los sistemas de formación y titulación de la gente de mar (DOUE L 82, de 26 de marzo de 2018); Decisión de Ejecución (UE) 2017/1412 de la Comisión, de 1 de agosto de 2017, relativa al reconocimiento de Fiyi de conformidad con la Directiva 2008/106/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a los sistemas de formación y titulación de la gente de mar (DOUE L 202, de 3 de agosto de 2017); Decisión de Ejecución (UE) 2017/1239 de la Comisión, de 6 de julio de 2017, relativa al reconocimiento de Etiopía de conformidad con la Directiva 2008/106/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a los sistemas de formación y titulación de la gente de mar (DOUE L 177 de 8 de julio de 2017); Decisión de Ejecución (UE) 2017/727 de la Comisión, de 23 de marzo de 2017 relativa al reconocimiento de Montenegro de conformidad con la Directiva 2008/106/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a los sistemas de formación y titulación de la gente de mar (DOUE L 107 de 25 de abril de 2017). Igualmente, puede consultarse la infografía elaborada por la EMSA en la que se reflejan los cinco países no pertenecientes a la UE con el mayor número de certificados de competencia reconocidos por países de la UE -siendo éstos, Filipinas, Ucrania, Federación Rusia, India y Turquía- en el siguiente enlace: <https://www.emsa.europa.eu/newsroom/infographics/item/4781-seafarer-statistics-in-the-eu-2020.html>

⁵⁹ No obstante, los Estados miembros no están obligados a reconocer los títulos de terceros países pese a que la Comisión los haya reconocido, tal y como dispone el artículo 20.4 de la Directiva (UE) 2022/993.

⁶⁰ El artículo 21 de la Directiva (UE) 2022/993 establece dos formas de retirar el reconocimiento de títulos a los países terceros: por un lado, la Comisión puede considerar que un tercer país ha dejado de cumplir con los requisitos del Convenio STCW, para lo cual remitirá el asunto a la Comisión al Comité de seguridad marítima y prevención de la contaminación de buques (COSS), e informará a los Estados miembros; por otro lado, los propios Estados miembros pueden directamente informar a la Comisión en aquellos casos en los que consideren que un tercer país reconocido ha dejado de cumplir los requisitos del Convenio STCW, aportando a tal fin la debida motivación que será remitida -igualmente- al COSS. En ambos procedimientos, la Comisión reevaluará el reconocimiento del tercer país, asistida por la Agencia Europea de Seguridad Marítima, y notificará al tercer país interesado la retirada del reconocimiento en un plazo de dos meses, salvo que dicho tercer país tome medidas para garantizar el cumplimiento de todos los requisitos del Convenio STCW. A título de ejemplo, cabe señalar el ejemplo de Georgia, a quien se le retiró el reconocimiento en el año 2010 (Decisión de ejecución 2010/705 de la Comisión [DOUE L 306 de 23 de noviembre de 2010]) si bien, posteriormente -en el año 2013- se volvió a reconocer como tercer país por parte de la Comisión (Decisión de ejecución 2013/9224 [DOUE L 349, de 21 de diciembre de 2013]).

que la Comisión mantendrá actualizada una lista de los terceros países reconocidos que se publicará en el Diario Oficial de la Unión Europea⁶¹.

21. Por consiguiente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 20 de la Directiva (UE) 2019/1159, el reconocimiento de los títulos expedidos por el Reino Unido precisa del reconocimiento de dicho país por parte de la Comisión. En este sentido, algunos Estados miembros -concretamente, Dinamarca, Irlanda, Malta y los Países Bajos, mediante cartas de 1 de enero de 2021; Alemania, mediante carta de 4 de enero de 2021; Noruega, mediante carta de 12 de enero de 2021 y Bulgaria y Chipre, mediante cartas de 19 de enero de 2021-, solicitaron a la Comisión que reconociera al Reino Unido a estos efectos. Mediante la Decisión de Ejecución de 26 de marzo de 2021⁶², la Comisión inició la evaluación del sistema británico de formación y titulación de la gente de mar a efectos de su reconocimiento de conformidad con la Directiva (UE) 2022/993. Sobre la base de los resultados de la inspección llevada a cabo, así como del plan voluntario de medidas correctoras presentado por el Reino Unido para abordar las deficiencias detectadas, la Comisión reconoció al Reino Unido a efectos del artículo 20 de la Directiva (UE) 2022/993 el pasado 18 de octubre de 2022⁶³.

22. Una vez la Comisión haya emitido su Decisión de reconocimiento de ese país tercero, los Estados miembros reconocen o suscriben acuerdos de reconocimiento mutuo con cada tercer país. En este sentido, en el caso particular de España⁶⁴, existen acuerdos de reconocimiento mutuo suscritos con los siguientes terceros países: México, Argentina, Chile, Perú, Cuba, Ecuador, Uruguay, Ghana, Egipto, Georgia y, más recientemente, con Cabo Verde⁶⁵ y Jordania⁶⁶. Sin embargo, hasta la fecha de redacción de estas páginas, el Estado español no ha suscrito un acuerdo de reconocimiento mutuo con el Reino Unido.

23. En todo caso, debe señalarse que sea como fuere el procedimiento de reconocimiento de los títulos de formación de los marinos, los compromisos internacionales de base que debe seguir cumpliendo el Reino Unido -concretamente, las disposiciones del Convenio STCW- siguen siendo los mismos, por lo que el cambio afectará a nivel procedimental pero no en lo que tiene que ver con el nivel de formación de la gente de mar.

3. Finalización de la aplicación de la normativa europea sobre el control de buques por el Estado del puerto

24. El nuevo contexto normativo aplicable tras la salida del Reino Unido de la UE implica que las disposiciones de la Directiva 2009/16/CE, de 23 de abril de 2009, sobre el control de los buques por el Estado rector del puerto⁶⁷ dejen de aplicarse. La Directiva 2009/16/CE se inscribe en un contexto de preocupación por parte de las instituciones europeas ante los siniestros marítimos y la contaminación de los mares y costas de los Estados miembros. Su objetivo consiste en reforzar el cumplimiento de la le-

⁶¹ Lo cierto es que dicho listado no ha sido actualizado desde el año 2015. Puede consultarse el último listado publicados a estos efectos en el *DOUE* C 261, de 8 de agosto de 2015.

⁶² Decisión de Ejecución C (2021) 1553, de 26 de marzo de 2021.

⁶³ Decisión de Ejecución (UE) 2022/1973, de la Comisión, de 11 de octubre de 2022, relativa al reconocimiento del Reino Unido de conformidad con la Directiva (UE) 2022/993 en lo que respecta al sistema de formación y titulación de la gente de mar. *DOUE* L 270, de 18 de octubre de 2022.

⁶⁴ En el caso de Francia, por ejemplo, puede consultarse el listado de países terceros cuyos títulos son reconocidos en el artículo 1 de la *Décision du Première Ministre du 17 mai 2022, relative à la liste des Etats dont les brevets conformes à la convention STCW sont reconnus par la France* (JORF núm. 0201, de 31 de agosto de 2022). Disponible en el siguiente enlace: <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000046228804>

⁶⁵ BOE núm. 162, de 8 de julio de 2023.

⁶⁶ BOE núm. 222, de 16 de septiembre de 2023.

⁶⁷ *DOUE* L 131, de 28 de mayo de 2009. Esta Directiva viene a refundir la Directiva 95/21/CE del Consejo, de 19 de junio de 1995, relativa al control de los buques por el Estado del puerto (*DOUE* L 157, de 7 de julio de 1995).

gislación internacional y europea en materia de seguridad marítima⁶⁸, la protección del medio ambiente marítimo y condiciones de vida y de trabajo a bordo de los buques de cualquier pabellón, estableciendo una serie de criterios comunes para el control por el Estado del puerto que permita reducir el número de buques deficientes que navegan por aguas comunitarias⁶⁹.

25. A través de esta Directiva, el control efectuado por el Estado de abanderamiento se complementa con el control efectuado por parte del Estado del puerto, en virtud del cual los Estados ribereños pueden comprobar que los buques que navegan por sus aguas y fondean en sus puertos llevan a bordo los distintos certificados y documentos que exige la normativa internacional⁷⁰. El procedimiento de inspección de buques en ella establecido consiste -fundamentalmente- en la comprobación, por parte de los inspectores en el ejercicio de sus actividades de control, de que el buque navega portando una serie de certificados y documentos preceptivos prescritos por la normativa europea -establecidos en el artículo 13.1 y en el Anexo IV de la Directiva 2009/16/CE-, que son tanto de naturaleza técnica como de carácter sociolaboral⁷¹. Asimismo, el propio artículo 13.3 prevé la posibilidad de realizar una “inspección más detallada⁷²” cuando existan motivos fundados, entendiéndose por tal la obtención fraudulenta de un título o la existencia de un capitán, oficial o marinero en posesión de un título expedido por un país que no ha ratificado el Convenio STCW, entre otras⁷³.

26. Sumado a lo anterior, el artículo 16 de la Directiva 2009/16/CE prevé que el control llevado a cabo por el Estado del puerto pueda dar lugar a la inmovilización del buque en aquellos casos en los que se aprecien deficiencias manifiestamente peligrosas en materia de seguridad, salud o medio ambiente⁷⁴. En lo que respecta específicamente a los ámbitos regulados por la Directiva 106/2008 y el Convenio STCW, el Anexo X de la citada norma establece como deficiencias que justifican la inmovilización del

⁶⁸ La normativa internacional adoptada en el seno de la OMI, que se refiere principalmente a cuestiones técnicas relativas a la seguridad de la navegación y a la prevención de la contaminación marítima (véase el Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar de 1914 (Convenio SOLAS); el Convenio para prevenir la contaminación por los buques de 1973 (Convenio MARPOL) o el Convenio STCW) ha visto limitada su efectividad dada la falta de ratificación por parte del Estado del pabellón de tales instrumentos, bien por la falta de control efectivo por el Estado del pabellón del cumplimiento de dichas obligaciones por parte de sus buques. Con la finalidad de solventar dichos problemas, los ministros de transportes de varios países europeos firmaron en 1982 el Memorando de París (París-MOU) para el Control de los Buques por el Estado rector del Puerto, el cual contempla -además- un mayor número de normas laborales de la OIT entre aquellas susceptibles de ser objeto de inspección por parte del Estado del puerto. No obstante, el París-MOU también adolecía de un carácter limitado dada su falta de obligatoriedad. Todo ello llevó a la UE a adoptar medidas específicas que permitieran asegurar la obligatoriedad del control del cumplimiento de la normativa internacional y europea por parte de los Estados miembros gestores de puertos. *Vid.*, A. VICENTE PALACIO, “El control por el Estado del puerto de las condiciones de vida y de trabajo a bordo de buques que utilizan puertos comunitarios o instalaciones situadas en aguas de la jurisdicción de los Estados miembros en la normativa comunitaria” en M. A. MARTÍNEZ Y A. V. SEMPERE NAVARRO (DIRS.), *Cuestiones Actuales sobre Derecho Social Comunitario*, Laborum, 2009, p. 382.

⁶⁹ El ámbito de aplicación de la Directiva, dispuesto en el artículo 3, excluye del mismo a los buques pesqueros, buques de guerra, unidades navales auxiliares, buques de madera de construcción primitiva, buques propiedad de los Estados utilizados con fines no comerciales y los yates de recreo no dedicados al comercio.

⁷⁰ A. VICENTE PALACIO Y F. ARNAU NAVARRO, “El control de la formación en el ámbito del transporte marítimo, por los Estados de pabellón y del puerto. Las enmiendas de Manila al Convenio Internacional de Normas de Formación, Titulación y Guardia para la Gente de Mar”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 107, 2013, p. 36. La actividad de inspección permite identificar los buques sub-standard y reducir así, tanto con carácter preventivo como con carácter represivo, el riesgo de siniestros marítimos y de contaminación medioambiental marino. A. ROMAGNOLI, “El control de los buques extranjeros por el Estado del puerto (“Port State Control”)”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 312, 2019, versión digital.

⁷¹ A. VICENTE PALACIO, “El control por el Estado del puerto de las condiciones de vida y de trabajo a bordo de buques que utilizan puertos comunitarios o instalaciones situadas en aguas de la jurisdicción de los Estados miembros en la normativa comunitaria”, *ob. cit.*, p. 389.

⁷² El artículo 3 de la Directiva 2009/16/CE define la inspección más detallada -en su apartado 12- como “toda inspección en la que el buque, su equipo y tripulación en conjunto o, si procede, partes de estos se someten a un examen a fondo en las circunstancias especificadas en el artículo 13, apartado 3, en lo que se refiere a la construcción del buque, equipamiento, dotación de personal, condiciones de vida y de trabajo y cumplimiento de los procedimientos de explotación del buque”.

⁷³ *Vid.* Anexo V de la Directiva 2009/16/CE.

⁷⁴ A. VICENTE PALACIO, “El control de las condiciones de trabajo en el ámbito marítimo. Facultades del Estado del pabellón y del Estado del puerto: previsiones internacionales y comunitarias”, en O. FOTINOPOULOU BASURKO (Coord.), *La seguridad marítima y los derechos laborales de la gente de mar*, Gomylex, 2014, pp. 677-678.

buque correspondiente la falta de posesión de un título, no tener el título pertinente, no tener una exención válida o no presentar pruebas documentales de que ha enviado a la administración del Estado de abanderamiento una solicitud de refrendo; prueba de que un título ha sido obtenido fraudulentamente o, entre otros, la no acreditación de la capacitación profesional para el desempeño de los cometidos asignados a la gente de mar en relación con la seguridad del buque y la prevención de la contaminación⁷⁵.

27. Si bien los Estados miembros sí seguirán inspeccionando a aquellos buques británicos que hagan escala en un puerto o fondeadero situado en un Estado miembro conforme a las disposiciones anteriormente expuestas -en tanto que Estado rector del puerto-, el Reino Unido dejará de aplicar el sistema de inspección ampliado o reforzado establecido en tal Directiva. En definitiva, la salida del Reino Unido de la UE podría producir una reducción del nivel de inspección de los buques que se lleve a cabo en los puertos del Reino Unido, lo que -a su vez- podría acarrear un correlativo aumento del número de buques en estado deficiente que naveguen cerca de las costas de la UE y un mayor riesgo en la seguridad y en el medio marítimo. Sin embargo, en lo que respecta al control de los aspectos sociales, el hecho de que el Reino Unido venga aplicando las condiciones sociales mínimas que dimanarían del marco jurídico internacional, permite afirmar que -congruentemente- el Brexit no acarrearía ni debería generar un mayor riesgo en este sentido.

III. Una nueva batalla contra el *dumping* social y la protección de la gente de mar

28. Pese a todos los esfuerzos demostrados en el Acuerdo de Comercio y Cooperación por mantener los niveles de protección de las normas laborales para sustentar una competencia abierta y justa, el Brexit puso de manifiesto la necesidad de proteger a la gente de mar de posibles prácticas tendentes a falsear la competencia en detrimento de sus condiciones sociales. En efecto, tras el Brexit, las rutas marítimas con origen o destino en el Reino Unido han dejado de constituir rutas intra europeas para convertirse en rutas internacionales (1). Esta nueva realidad y sus consecuencias sociales son notables en las rutas denominadas “*Short Sea Shipping*”, particularmente en aquellas que tienen lugar en el Canal de la Mancha, lo que dado lugar a una respuesta protectora por parte del Reino Unido (2) y de Francia (3) respectivamente.

1. El fin del cabotaje intra europeo

29. Los servicios de navegación marítima de cabotaje con el Reino Unido se ven directamente afectados tras el Brexit puesto que deja de aplicarse a ese Estado el Reglamento (CEE) n° 3577/92, del Consejo de 7 de diciembre de 1992, por el que se aplica el principio de libre prestación de servicios a los transportes marítimos dentro de los Estados miembros (cabotaje marítimo⁷⁶). Desde la entrada en vigor de esta norma, se produjo una eliminación progresiva de las restricciones a los servicios de tráfico marítimo realizados dentro de los Estados miembro -incluyendo el cabotaje continental, los servicios de abastecimiento *off-shore* y el cabotaje insular⁷⁷- con vistas a la consecución del mercado interior en estos

⁷⁵ Vid. Anexo X “Criterios para la inmovilización de un buque”, apartado 3.9 “Ámbitos regulados por el STCW 78/95 y la Directiva 2008/106/CE” de la Directiva 2009/16/CE.

⁷⁶ Reglamento (CEE) n° 3577/92 por el que se aplica el principio de libre prestación de servicios a los transportes marítimos dentro de los Estados miembros (cabotaje marítimo). DOUE L 364, de 12 de diciembre de 1992.

⁷⁷ La acepción de cabotaje marítimo prevista en el artículo 2 del Reglamento (CEE) n° 3577/1992 incluye todos los servicios de transporte marítimo prestados dentro de un Estado miembro a cambio de una remuneración comprendiendo, en particular, tanto el transporte por mar -de pasajeros o de mercancías- entre puertos de un mismo Estado situados en la parte continental o en el territorio principal de un solo y mismo Estado miembro (cabotaje continental); entre puertos de un Estado e instalaciones o estructuras situadas en la plataforma continental de un Estado (servicios de abastecimiento *off-shore*) o entre puertos situados en la parte continental y una o más islas de un mismo Estado o puertos situados en las islas de un solo y mismo Estado, tratándose a estos efectos a las ciudades de Ceuta y Melilla como puertos de islas (cabotaje insular). Vid. M. I. RIBES MORENO, “El Reglamento n° 3577/1992 sobre libre prestación de los servicios a los transportes marítimos dentro de los Estados de la UE: la problemática derivada de las relaciones laborales incluidas en su ámbito de aplicación” en J. CABEZA PEREIRO Y E.

servicios de transporte marítimo⁷⁸. La liberalización de los servicios de cabotaje supone que los espacios marítimos nacionales de todos los Estados miembros devengan espacios europeos y que, por tanto, dichos servicios puedan ser realizados por cualquier armador europeo⁷⁹ que explote buques matriculados en algún Estado miembro y que naveguen bajo pabellón de dicho Estado, siempre y cuando cumplan las condiciones estipuladas para poder efectuar tales servicios en dicho Estado miembro.

30. En este Reglamento se establecen ciertas restricciones para el acceso a la prestación de servicios de cabotaje marítimo intra europeo por los armadores comunitarios. La primera de ellas tiene que ver con la apertura ilimitada y sin restricciones de este mercado únicamente a los buques matriculados en los primeros registros de los Estados miembros, no ocurriendo lo mismo con los buques matriculados en los segundos registros, registros bis o registros internacionales de los Estados miembro⁸⁰. Así, los buques mercantes inscritos en el Registro Internacional de Buques de Dinamarca (DIS) tienen acceso sin restricciones al cabotaje, no así los buques de pasajeros inscritos en dicho registro. Los buques inscritos en el Registro Internacional de Alemania (ISR) y en el Registro Finlandés de buques mercantes que operan en el tráfico internacional tienen acceso limitado al cabotaje, determinado caso por caso, pero no tienen acceso al cabotaje regular. En lo que respecta a Italia, desde noviembre de 2004 se autoriza el cabotaje ilimitado, siempre que las travesías a realizar sean de más de 100 millas náuticas. En el caso de Francia, los buques inscritos en el Registro Internacional Francés (RIF) tienen acceso limitado al cabotaje de mercancías, a condición de que no sean explotados exclusivamente en rutas de cabotaje. Al contrario que en los casos anteriores, los buques inscritos en los segundos registros de España (Canarias - REC), de Portugal (Madeira - MAR) y Gibraltar -antes del Brexit- tienen acceso sin restricciones⁸¹. Finalmente, cabe señalar que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 355 TFUE, las disposiciones de este texto normativo no resultan aplicables a los registros de las Antillas Holandesas, ni tampoco -antes del Brexit- a la Isla de Man, Bermudas y las Islas Caimán, territorios todos ellos dependientes del Reino Unido⁸². De este modo, las ventajas o beneficios sociales que conlleva el registro de buques en los denominados registros abiertos de los distintos Estados miembros de la UE se combaten mediante su exclusión de estos tráficos. Sumado a lo anterior, el Reglamento (CEE) n° 3577/92 pretende igualar las condiciones socio-laborales del conjunto de trabajadores que prestan servicios a bordo de buques a los que se les aplica este Reglamento mediante el establecimiento de una norma de conflicto para todas las cuestiones relativas a la tripulación⁸³. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3 de la citada nor-

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ (COORDS.), *El trabajo en el mar: los nuevos escenarios jurídico-marítimos*, Bomarzo, 2015, p. 287-288; S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo IV, Civitas, 2018, pp. 1764-1765.

⁷⁸ La liberalización del cabotaje marítimo fue objeto de reticencias por parte de algunos Estados, que no deseaban abrir este mercado a otros competidores europeos, lo que supuso que no se efectuara de manera uniforme. En este sentido, la liberalización de estos servicios en España, Portugal, Francia e Italia se produjo de forma escalonada desde el año 1993 hasta el año 1999, mientras que en Grecia la apertura del mercado se prorrogó hasta el año 2004, siendo el último Estado miembro en abrir su mercado. Al respecto, *vid.* C. D. ALOMAR MARTÍNEZ, “La incidencia de la libre prestación de servicios en el cabotaje marítimo”, *Anales de la Facultad de Derecho (Universidad de La Laguna)*, núm. 14, 1997, pp. 156-158; O. FOTINOPOULOU BASURKO, *La gente de mar en el Derecho de la Unión Europea*, *ob. cit.*, pp. 67-74.

⁷⁹ A estos efectos, el artículo 2 del Reglamento (CEE) n° 3577/92 distingue tres tipos de armadores comunitarios que podrán prestar tales servicios. En primer lugar, los nacionales de un Estado miembro que realicen actividades de transporte marítimo establecido en dicho Estado de conformidad con la legislación vigente; en segundo lugar, las compañías marítimas establecidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro, siempre que su centro principal y control efectivo se sitúe en un Estado miembro y, en tercer lugar, los nacionales de un Estado miembro o compañías marítimas establecidas fuera de la UE siempre que sus buques estén registrados y enarboles el pabellón de un Estado miembro.

⁸⁰ COMISIÓN EUROPEA, *Informe de la Comisión al Consejo sobre la aplicación del Reglamento n° 3577/92 por el que se aplica el principio de libre prestación de servicios a los transportes marítimos dentro de los Estados miembros (cabotaje marítimo) (2001-2010)*, Documento COM (2014) 231 final, de 22 de abril de 2014, p. 3.

⁸¹ O. FOTINOPOULOU BASURKO, *La gente de mar en el Derecho de la Unión Europea*, *ob. cit.*, p. 72. COMISIÓN EUROPEA, *Informe de la Comisión al Consejo sobre la aplicación del Reglamento n° 3577/92 por el que se aplica el principio de libre prestación de servicios a los transportes marítimos dentro de los Estados miembros (cabotaje marítimo)*, *ob. cit.*, p. 3.

⁸² O. FOTINOPOULOU BASURKO, *La gente de mar en el Derecho de la Unión Europea*, *ob. cit.*, p. 72.

⁸³ Cabe señalar que esta disposición plantea numerosas interrogantes puesto que el alcance de la expresión “todas las cuestiones relativas a la tripulación” es ciertamente amplio y no se encuentra delimitado. Al respecto, *vid.*, O. FOTINOPOULOU BASURKO, *La gente de mar en el Derecho de la Unión Europea*, *ob. cit.*, p. 130.

ma, se establecen dos criterios de conexión: por un lado, el Estado del pabellón o el Estado de origen o de matrícula del buque y, por otro lado, el Estado de acogida, es decir, el Estado en el que se prestan los servicios. En el caso de buques de más de 650 TB que efectúen cabotaje continental, de buques de crucero y de cargueros que efectúen cabotaje insular cuando el viaje de que se trate siga o preceda a un viaje con destino a otro Estado o a partir de otro Estado⁸⁴, el criterio elegido por el legislador europeo para las cuestiones relativas a la tripulación es el de la normativa del Estado del pabellón. En el caso de buques que efectúan cabotaje insular, cargueros de menos de 650 TB y buques de crucero de inferior tonelaje al mencionado⁸⁵, la ley aplicable será la del Estado de acogida⁸⁶.

31. Con la salida del Reino Unido de la UE, los buques abanderados en el Reino Unido y Gibraltar y los armadores británicos quedaron fuera del tráfico de cabotaje, salvo en aquellos Estados miembros en los que sus legislaciones no contenían restricciones a la prestación de tales servicios por parte de países terceros. En consecuencia, tras el Brexit, el Reino Unido ha pasado a competir bajo las condiciones generales establecidas para estados terceros en el Reglamento nº 4055/86, del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, relativo a la aplicación del principio de libre prestación de servicios al transporte marítimo entre Estados miembros y entre Estados miembros y países terceros⁸⁷, esto es, sin estar sometido a las restricciones establecidas en el Reglamento nº 3577/92 para esta tipología de tráfico marítimo. Por consiguiente, la restricción del cabotaje a los buques matriculados en segundos registros cuyo marco social es menos protector o bien, la aplicación de la legislación aplicable a las condiciones sociales y laborales de la gente de mar que presta servicios en buques dedicados a este tráfico dejan de resultar aplicables y pasan a una realidad más desregulada como es la del tráfico marítimo internacional. Algunas compañías han visto en ello la oportunidad para desarrollar estrategias comerciales más agresivas con el fin de imponerse en el mercado del cabotaje, lo que se puede llegar a traducir en una distorsión de la competencia por factores sociales. Estas prácticas son especialmente visibles en las rutas que unen el Reino Unido con Francia.

2. Una respuesta protectora de la gente de mar por parte del Reino Unido

32. Tras el abandono del estatuto de protección que proporcionaba la Unión Europea, se han podido presenciar algunas prácticas escandalosas por parte de algunos armadores en el Reino Unido, lo que está generando una grave preocupación por el posible retorno de la competencia desleal que podría acarrear el Brexit⁸⁸. En este sentido, cabe señalar a título ejemplificativo el despido de casi 800 marinos -sin preaviso alguno ni procedimiento de consulta previo- que prestaban servicios a bordo de un buque de bandera chipriota perteneciente a la Compañía P&O Ferries, que tuvo lugar el pasado 17 de marzo de 2022⁸⁹. Estos trabajadores habrían sido reemplazados -a través de empresas de intermediación de mano de obra marítima o *manning agencies*- por marinos no europeos a los que se someterían a largos periodos de embarque -17 semanas frente a los 7 días de embarque y 7 días de descanso previstos con carácter previo a los despidos masivos- y a un salario horario de 6,46 euros frente a los 10,50 euros que venían percibiendo anteriormente, lo que supone además la percepción de un salario por hora inferior al salario mínimo británico⁹⁰.

⁸⁴ STJUE 6 de abril de 2006, *Agrip Petrolis contra Capitaneria di Porto di Siracusa*, asunto C-456/04.

⁸⁵ STJUE 21 de octubre de 2004, *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Helénica*, asunto C-288/02.

⁸⁶ Cabe señalar que solo seis Estados miembros -España, Francia, Italia, Portugal, Grecia y Bulgaria- aplican el régimen del Estado de acogida. *Vid.*, COMISIÓN EUROPEA, Documento COM (2014) 231 final, de 22 de abril de 2014, p. 4.

⁸⁷ DOUE L 378, de 31 de diciembre de 1986.

⁸⁸ A lo que cabe sumarle el desarrollo de un modelo de líneas “low cost” marítimas. *Vid.*, P. CHAUMETTE, “Transmanche et concurrence sociale”, *Annuaire de Droit Maritime et Océanique*, Tome XLI, 2023, p. 142.

⁸⁹ L. MONCRIEFF, “‘Creabimus!’ Creatively re-thinking the corporation and the social contract”, *European Law Open*, núm. 1, 2022, pp. 919-922.

⁹⁰ P. CHAUMETTE, “Transmanche et concurrence sociale”, *Observatoire des Droits des Marins*, 27 de marzo de 2023. Disponible en el siguiente enlace: <https://www.obs-droits-marins.fr/actualites.html?idArticle=619>

33. En respuesta a dicha situación, el Gobierno británico publicó un plan que incluye nueve acciones para mejorar las condiciones de la gente de mar⁹¹. Entre dichas medidas, se encuentra la Ley de Salarios de la gente de mar (*Seafarers' Wages Act 2023*⁹²) aprobada el pasado 23 de marzo de 2023. En ella se establecen disposiciones relativas a la remuneración de los marinos que no reúnen los requisitos para percibir el salario mínimo nacional -denominados “*non-qualifying seafarers*”⁹³- tratando, con ello, de obligar a todos los operadores cuyos buques hagan escala regularmente en puertos del Reino Unido a pagar a sus trabajadores un salario, como mínimo, equivalente al salario mínimo de dicho país.

34. Las disposiciones de la Ley sobre el Salario Mínimo Nacional⁹⁴ se aplican a todas aquellas personas trabajadoras que trabajan o trabajan habitualmente en el Reino Unido, lo que incluye a tres tipos de trabajadores del mar⁹⁵: en primer lugar, aquellos que trabajan habitualmente en aguas territoriales del Reino Unido, independientemente de su lugar de residencia o del pabellón del buque en el que presten servicios; en segundo lugar, los que trabajan a bordo de buques de pabellón británico, siempre que residan habitualmente en el Reino Unido y que el empleo no se realice íntegramente fuera de dicho Estado y, en tercer lugar, a aquellos que tengan una conexión suficientemente fuerte con el Reino Unido como para considerar que trabajan “habitualmente” en este país.

35. Para paliar la falta de cobertura de ciertas situaciones, las disposiciones de la nueva Ley se aplicarán -con independencia de la nacionalidad del marino, de su lugar de residencia o del Estado de abanderamiento del buque en el que trabaje- a todos aquellos buques que hagan escala en los puertos del Reino Unido, al menos, 120 veces al año y presten servicios de transporte marítimo de personas y bienes entre lugares situados fuera del Reino Unido y lugares del Reino Unido, quedando excluidos de dicho ámbito los servicios de ocio o recreo, así como los prestados por buques pesqueros⁹⁶. Concretamente,

⁹¹ El plan de nuevo puntos para la protección de la gente de mar -publicado por el Gobierno británico a raíz de la decisión de P&O Ferries- incluye las siguientes cuestiones: 1) cambiar la legislación para que los marinos que trabajen en buques que utilizan regularmente los puertos del Reino Unido reciban un salario, al menos, equivalente al salario mínimo nacional del Reino Unido; 2) pedir a los puertos del Reino Unido que suspendan el acceso a las compañías de transbordadores que no paguen al menos el salario mínimo nacional del Reino Unido; 3) trabajar con socios internacionales para colaborar en la protección y el bienestar de los marinos, explorando la creación de corredores de salario mínimo entre naciones; 4) pedir a HM Revenue and Customs (organismo equivalente a la agencia tributaria) que dedique recursos del salario mínimo nacional al sector marítimo; 5) que la agencia marítima y de guardacostas continúe con sus políticas de aplicación; 6) desarrollar normativa en materia de despido y recontratación e incumplimientos de los procedimientos de consultas con las personas trabajadoras; 7) tomar medidas contra aquellas empresas que incumplan la legislación; 8) mejorar las condiciones de trabajo de la gente de mar a largo plazo y 9) fomentar que más buques naveguen bajo pabellón británico. Pueden consultarse en el siguiente enlace: <https://www.gov.uk/government/publications/nine-point-plan-for-seafarers-our-commitments-to-protect-seafarers/nine-point-plan-for-seafarers-our-commitments-to-protect-seafarers>

⁹² Puede consultarse la norma en el siguiente enlace: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2023/8/introduction/enacted>

⁹³ Según la Sección 2 de la Ley, se consideran *non-qualifying seafarers* aquellas personas que trabajan a bordo de buques y prestan los servicios comprendidos en el ámbito de aplicación de esta Ley que no cumplen con los requisitos establecidos en la legislación vigente para percibir el salario mínimo nacional en relación con dicho trabajo, bien sea porque no trabajan o no trabajan de manera habitual en el Reino Unido (“In this Act, “non-qualifying seafarer” means a person: (a) who works on a ship providing a service to which this Act applies, (b) whose work on the ship is carried out in relation to the provision of the service, and (c) who fails to qualify for the national minimum wage in respect of that work merely because, for the purposes of the National Minimum Wage Act 1998, the person does not work, or does not ordinarily work, in the United Kingdom”).

⁹⁴ National Minimum Wage Act 1998. Puede consultarse la norma en el siguiente enlace: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/39/contents>

⁹⁵ *Vid.*, I. SMITH Y O. WARNOCK, *Smith & Wood's Employment Law*, Oxford University Press, 16th Edition, p. 241; Z. ADAMS, C. BARNARD, S. DEKINS Y S. FRASER BUTLIN, *Deakin and Morris' Labour Law*, 7th Edition, Bloomsbury Publishing, pp. 286-287; M. SARGEANT Y D. LEWIS, *Employment Law*, 9th Edition, Routledge, pp. 264-265; H. COLLINS, K. D. EWING Y A. MCCOLGAN, *Labour Law*, Cambridge University Press, 2nd Edition, pp. 269-275.

⁹⁶ Una de las cuestiones que surgió durante el debate parlamentario de esta Ley es qué debía entenderse por “servicio”, concepto clave de esta norma, que no se encuentra definido por ésta (Al respecto, *vid.*, UK PARLIAMENT, *Official Report, Seafarers' Wages Public Bill Committee*, Vol. 727, 7 February 2023; c. 806, c. 808). En efecto, esta cuestión no es baladí puesto que, a los efectos de aplicar las disposiciones de la Ley, se establece que un buque debe utilizar un puerto británico -al menos- 120 ocasiones durante un año. Este número puede resultar adecuado para un trasbordador de pasajeros y, sin embargo, un tanto excesivo si es un único buque mercante el que debe prestar ese número de servicios. Ahora bien, si por servicio deben entenderse todos aquellos prestados por buques que pertenezcan a un mismo armador u operador quizá dicha cifra no resultara tan

cuando la autoridad portuaria tenga motivos razonados para considerar que tales servicios utilizan -o van a utilizar- un puerto situado en territorio británico, al menos, en 120 ocasiones en un periodo de referencia de un año -denominado “*relevant year*”⁹⁷-, deberán solicitar al operador del servicio que presente una “declaración de equivalencia”, esto es, una declaración a través de la cual se certifique la inexistencia de marinos no cualificados a bordo del buque o bien, que existiendo éstos, son remunerados por los servicios prestados en territorio británico de acuerdo con lo establecido en la legislación nacional sobre el salario mínimo⁹⁸. En caso de que el operador preste -o comience a prestar- los servicios comprendidos en esta Ley de forma incompatible con lo dispuesto en la declaración de equivalencia, o bien ésta sea falsa o errónea, podrá ser sancionado con una multa⁹⁹. Tanto en estos casos como en aquellos en los que la declaración de equivalencia no sea presentada en el tiempo y en la forma prescritos, el operador podrá enfrentarse -además- a un recargo que, en caso de no ser abonado,¹⁰⁰ podría dar lugar a la denegación de entrada al puerto¹⁰¹. Finalmente, la Ley inviste al Secretario de Estado o bien, a los inspectores designados por éste, de competencias de ejecución. En este sentido, podrán solicitar la información pertinente a los operadores de un servicio a los efectos de determinar si el servicio se está operando de conformidad con lo dispuesto en la declaración de equivalencia o bien, establecer la falsedad o error de la misma. Los inspectores podrán, además, subir a bordo de los buques que se encuentren en los puertos del Reino Unido para efectuar las pesquisas necesarias en aras de comprobar las informaciones facilitadas tanto por el operador como por la autoridad portuaria.

3. La respuesta de Francia

36. La cuestión del *dumping* social es también un motivo de preocupación en Francia dada su condición de estado fronterizo con el Reino Unido¹⁰² y el efecto desestabilizador que dichas prácticas pueden suponer para el mercado del transporte marítimo en el Canal de la Mancha¹⁰³. A iniciativa del diputado bretón Didier Le Gac, el 21 de julio de 2023, se aprobó por el Senado la Ley para luchar contra el *dumping* social en el Canal de la Mancha y reforzar la seguridad marítima¹⁰⁴, cuyo objetivo no es otro que el de proteger a la gente de mar contra prácticas que suponen una degradación agresiva de las

excesivo. Ante la falta de concreción de la Ley, habrá que estar pendiente de las precisiones que se puedan efectuar en futuras normas de desarrollo de esta Ley.

⁹⁷ A los efectos de esta Ley, se define “*relevant year*” como aquel periodo de 12 meses que comienza en la fecha especificada reglamentariamente y cada periodo de 12 meses sucesivo (“In this Act, “*relevant year*” means: (a) the period of 12 months beginning with a date specified in regulations, and (b) each successive period of 12 months”). *Vid.*, Sección 3 (6) de la Ley de Salario de la gente de mar.

⁹⁸ La Sección 4 de la Ley de Salarios de la gente de mar especifica los extremos que debe contener la declaración de equivalencia en función del momento del año de referencia en el que se provea.

⁹⁹ Cabe señalar que la Ley diferencia entre las multas de Inglaterra y Gales y las de Escocia e Irlanda del Norte. (“A person guilty of an offence under this section is liable on summary conviction: (a) in England and Wales, to a fine, or (b) in Scotland and Northern Ireland, to a fine not exceeding level 5 on the standard scale”).

¹⁰⁰ En lo que respecta a la cuantía de los recargos, la sección 9 (1) de la Ley remite a las tarifas de recargos especificadas en la normativa. Igualmente, cabe señalar que la propia Ley prevé en la sección 10 que la parte interesada pueda oponerse a la imposición de un recargo o a su importe mediante escrito dirigido al Secretario de Estado, en los plazos que se prevean reglamentariamente, quien decidirá -en cada caso- la confirmación, modificación o revocación de la decisión de recargo.

¹⁰¹ En todo caso, la Ley establece que la autoridad portuaria no podrá en ningún caso denegar el acceso al puerto en caso de fuerza mayor, cuando existan motivos imperiosos de seguridad, cuando sea necesario reducir o minimizar el riesgo de contaminación o cuando sea necesario rectificar deficiencias del buque. *Vid.* sección 11 de la Ley.

¹⁰² P. BULÉON, “Transmanche, une région transfrontalière particulière”. *Atlas Transmanche – Espace Manche, Face à face et côte à côte*. 2012. Disponible en el siguiente enlace: <https://atlas-transmanche.certic.unicaen.fr/fr/page-61.html>

¹⁰³ SÉNAT, *Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur la proposition de loi, adoptée par l'Assemblée nationale, visant à lutter contre le dumping social sur le transmanche*, núm. 734, Session Ordinaire de 2022-2023, 14 de junio de 2023, p. 5. Disponible en el siguiente enlace: <https://www.senat.fr/rap/122-734/122-7341.pdf>

¹⁰⁴ Loi n° 2023-659 du 26 juillet 2023 visant à lutter contre le dumping social sur le transmanche et à renforcer la sécurité du transport maritime. JORF núm. 0172, de 27 de julio de 2023. Cabe señalar que, con carácter previo, fueron depositadas otras proposiciones de ley. Al respecto, *vid.*, P. CHAUMETTE, “Transmanche et concurrence sociale”, *Observatoire des Droits des Marins*, 27 de marzo de 2023, *ob. cit.*

condiciones sociales¹⁰⁵. Esta norma -cuyas disposiciones se insertan en la parte legislativa del Código de Transportes y entrarán en vigor a partir del 1 de enero de 2024¹⁰⁶- permite garantizar la protección otorgada por la ley del lugar de explotación del buque -en tanto que ley de policía-, que constituye el lugar habitual de trabajo y ello, con independencia de la ley elegida por las partes como ley aplicable a los contratos individuales de trabajo¹⁰⁷.

37. En cuanto a su ámbito de aplicación, el artículo L.5591-1 del Código de Transportes limita el mismo a los buques de pasaje que efectúan servicios regulares internacionales con destino a un puerto francés, dejando fuera a los buques de mercancías que sí quedarían cubiertos por la Ley británica. Por otro lado, aunque *a priori* la Ley francesa no establece un criterio cuantitativo para la aplicación de sus disposiciones, la propia disposición normativa establece que un decreto del Consejo de Estado determinará los itinerarios a los que esta norma resulte aplicable en función de criterios de explotación, entre los cuales podrá establecerse la frecuencia con la que un buque toca un puerto francés¹⁰⁸. Por lo tanto, habrá que esperar a la publicación de dicho decreto para saber si ambas disposiciones normativas establecen criterios similares o dispares en lo que respecta a su ámbito de aplicación y poder abordar en profundidad posibles conflictos que podrían plantearse. Uno de ellos -el más evidente- tiene que ver con la limitación del tipo de buques a los que se aplica la normativa francesa, limitación que quizá venga provocada porque son sobre todo buques de pasaje los que atraviesan el Canal de la Mancha.

38. La Ley circunda en torno a dos obligaciones principales aplicables a todos los empleadores o armadores que exploten buques de pasaje que efectúen servicios regulares internacionales con origen o destino en un puerto francés, independientemente de la ley aplicable a dichos contratos de trabajo: el establecimiento de un salario mínimo por hora y de un tiempo de descanso en tierra. En materia salarial, la Ley n° 2023-659 establece que los marinos empleados en buques de pasaje de líneas regulares internacionales con origen o destino en un puerto francés deben percibir el salario mínimo por hora establecido legal o convencionalmente para la gente de mar que presta sus servicios en el mismo sector de actividad en Francia¹⁰⁹. Un aspecto en el que la Ley francesa va más allá que la británica es en el establecimiento de un periodo de descanso en tierra que sea, al menos, equivalente a la duración de su embarque, cues-

¹⁰⁵ Uno de los grandes debates que generó este proyecto de ley -como se refleja en las enmiendas propuestas- tiene que ver con el ámbito de aplicación de la norma. En este sentido, algunos parlamentarios proponían que dicho ámbito se circunscribiera a las rutas a través del Canal de la Mancha puesto que el contexto económico y social en éstas -defendían- era muy distinto al de los servicios entre Francia continental e Irlanda, Marruecos, Italia, Argelia y Túnez, o en los puertos de los departamentos franceses de ultramar de Martinica, Guadalupe, San Pedro y Miquelón y Mayotte. La falta de precisión en este sentido podría dar lugar a una aplicación extensiva a otras rutas en las que no existían los problemas de competencia que dicha propuesta venía a atenuar (*vid.* Enmienda n° AS11, depositada el 7 de julio de 2023 por el Grupo Parlamentario Gauche démocrate et républicain -NUPES-). Finalmente, la Ley aprobada no recoge esta limitación por lo que se aplica a todos los buques de pasaje que efectúen servicios regulares internacionales con origen o destino en un puerto francés. Estos itinerarios se determinan en función de criterios de explotación, en particular la frecuencia con la que un buque toca un puerto francés, establecidos por decreto del Consejo de Estado -decreto que aún no ha sido aprobado- (*vid.*, artículo 1 de la Loi n° 2023-659).

¹⁰⁶ *Vid.*, Code des Transports, Cinquième Partie, Livre V: “Les gens de mer”, Titre IX: “Conditions sociales applicables à certaines dessertes internationales”.

¹⁰⁷ En efecto, tal y como dispone el artículo 8 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), el contrato individual de trabajo se regirá por la ley que elijan las partes. Sin embargo, dicha libertad contractual podría verse restringida en caso de existir una disposición imperativa aplicable a la gente de mar, esto es, si dicha disposición fuera considerada una ley de policía en tanto que se tratase de una norma crucial para la salvaguarda de un interés nacional esencial, como puede ser la organización social y económica del país, y sea proporcional al objetivo perseguido. *Vid.*, P. CHAUMETTE, “Loi contre le dumping social sur le transmanche adoptée”, disponible en el siguiente enlace: <https://www.obs-droits-marins.fr/actualites.html?idArticle=630>.

¹⁰⁸ El artículo L.5591-1 de la Ley n° 2023-569 establece: “Le présent titre est applicable aux navires transporteurs de passagers assurant des lignes régulières internationales touchant un port français. Ces lignes sont déterminées selon des critères d’exploitation, notamment la fréquence de touchée d’un port français par un navire, fixés par décret en Conseil d’Etat”.

¹⁰⁹ Concretamente, el artículo L.5592-1 de la Ley n° 2023-569 establece lo siguiente: “Pour la détermination du salaire minimum horaire, les dispositions légales et les stipulations conventionnelles applicables aux salariés employés sur les navires mentionnés à l’article L. 5591-1 sont celles applicables aux salariés employés par les entreprises de la même branche d’activité établies en France. Le présent article ne s’applique que pour les périodes au cours desquelles les navires sont exploités sur les lignes régulières internationales mentionnées à l’article L.5591-1”.

ción en la que -ciertamente- la lucha contra el *dumping* social puede resultar más eficaz¹¹⁰. En efecto, la Ley gala establece el principio de equivalencia entre el tiempo de embarque y el tiempo de descanso, debiendo ser establecida por decreto la duración máxima del embarque, teniendo en cuenta los criterios de explotación de las líneas afectadas -cuya determinación también está prevista que se produzca por decreto-, la seguridad marítima y la lucha contra la contaminación marina¹¹¹. La norma establece así una indisponibilidad de los marinos para el embarque pero, sin embargo, nada precisa sobre el tipo de descanso en tierra al que se refiere, esto es, si se trata de un descanso remunerado, de vacaciones, de permiso sin sueldo u otro tipo permiso¹¹². La razón de estas imprecisiones podría hallarse -como bien indica el profesor P. CHAUMETTE- en garantizar la inclusión de disposiciones proporcionadas al objetivo perseguido y asegurar así la aplicación de tales condiciones sociales mínimas en tanto que normas imperativas o ley de policía¹¹³. Sin perjuicio de que desde aquí se comparta el tan loable objetivo de protección que la Ley francesa pretende lograr, lo cierto es que surgen dudas más que razonables con respecto a su efectividad. Ello es así porque, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico francés, esas condiciones sociales mínimas establecidas en la Ley son normas imperativas en el sentido interno de dicha acepción, pero difícilmente -a mi juicio- pueden ser consideradas como normas internacionalmente imperativas en el sentido de lo preceptuado en el Reglamento Roma I¹¹⁴. En consecuencia,

¹¹⁰ P. CHAUMETTE, “Concurrence sur le Transmanche et lois de police. A propos de la loi n° 2023-659 du 26 juillet 2023”, *Droit Maritime Français*, núm. 861, 2023, p. 774. P. CHAUMETTE, “Transmanche et concurrence sociale”, *ob. cit.*, p. 173.

¹¹¹ El tenor literal del artículo L.5592-2 de la Ley n° 2023-569 es el siguiente: “L’organisation du travail applicable aux salariés employés sur les navires mentionnés à l’article L.5591-1 est fondée sur une durée de repos à terre au moins équivalente à la durée de leur embarquement. Un décret en Conseil d’Etat détermine la durée maximale de l’embarquement, en prenant en compte des critères d’exploitation des lignes concernées, de sécurité de la navigation et de lutte contre les pollutions marines”. Dicho Decreto no ha sido aún aprobado.

¹¹² La norma no exige de manera explícita que se trate de un descanso retribuido, lo que podría determinar que los marinos tuvieran que volver a embarcarse durante este tiempo por lo que ya no se trataría de un verdadero descanso. *Vid.*, P. CHAUMETTE, “Concurrence sur le Transmanche et lois de police. A propos de la loi n° 2023-659 du 26 juillet 2023”, *ob. cit.*, p. 775.

¹¹³ P. CHAUMETTE, “Loi contre le dumping social sur le transmanche adoptée”, *Observatoire des Droits des Marins*, 20 de julio de 2023, *ob. cit.* En lo que respecta al concepto de leyes de policía, *vid.*, D. BUREAU y H. MUIR WATT, *Droit international privé*, Presses Universitaires de France, 3^{me} Edition, 2014, pp. 648-653. Cabe señalar que se trata de una cuestión que siempre ha sido extraordinariamente polémica en el sector de la contratación internacional puesto que, si su definición se dejaba en manos de cada Estado, se podía llegar a un concepto muy amplio que daba lugar a la aplicación de un número exagerado de normas jurídicas internacionalmente imperativas de diversos Estados. Para evitar este efecto negativo, el Reglamento (CE) n° 593/2008, de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (“Reglamento Roma I”) incorpora una definición de tales normas -que es propia del Derecho de la UE- en virtud de la cual tendrán esta consideración aquellas cuya observancia sea para un país considerada esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquier que sea la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento. Al respecto, *vid.*, A-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tirant lo Blanch, Tomo III, 2020, p. 339; A-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIRS.), *Litigación internacional en la Unión Europea II. Ley aplicable a los contratos internacionales. Comentarios al Reglamento Roma I*, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, p. 213.

¹¹⁴ Las leyes de policía siempre han sido consideradas como una amenaza al libre juego de la autonomía de la voluntad en la autorregulación de la contratación internacional. Si bien la aplicación por el foro de sus normas propias imperativas es automática o de oficio, resulta particularmente controvertida la aplicación de disposiciones imperativas pertenecientes a un tercer Estado. Con carácter general, el Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980 (“Convenio de Roma”), de conformidad con lo dispuesto en su artículo 7, supedita la aplicación de las leyes de policía extranjeras a la verificación por parte del juez del foro de determinadas características como su naturaleza y objeto, así como a las consecuencias que derivarían de su aplicación o no. Con todo, los Estados signatarios de este instrumento pueden formular reservas a este artículo -según establece el artículo 22-, reserva de la que hizo uso el Reino Unido y para el cual la aplicación de leyes de policía extranjeras está excluida. Sumado a lo anterior, cabe señalar también que la aplicación de las leyes de policía puede verse comprometida por el propio comportamiento de las partes, quienes pueden evitar la jurisdicción del país de cuyo ordenamiento provienen determinadas normas de policía que se quieren evitar siempre que existan otros foros de competencia concurrentes. Al respecto, *vid.*, C. I. CORDERO ÁLVAREZ, “Incidencia de las normas imperativas en los contratos internacionales: especial referencia a las normas de terceros Estados desde una aproximación europea”, *Cuadernos de Derechos Transnacional*, Vol. 9, núm. 2, 2017, pp. 182-184 y p. 187. En la actualidad, el Reglamento Roma I -además de definir qué debe entenderse por leyes de policía en su artículo 9- ofrece una fórmula mucho más limitada que el Convenio de Roma respecto a la toma en consideración de las leyes de policía de terceros Estados. Así, el artículo 9.3 del Reglamento Roma I se limita a dar efecto a las leyes de policía del país en que deban ejecutarse las obligaciones derivadas del contrato y en la medida en que dichas leyes conviertan en ilegal la ejecución del mismo si bien la STJUE 18 de octubre de 2016, *Nikiforidis*, asunto C-135/15, permite, igualmente, tomar en consideración de manera indirecta las normas del Derecho aplicable al contrato. En

su aplicación práctica queda supeditada al supuesto hipotético de que quien conozca del asunto sea un tribunal francés y que éste considere que se trata de condiciones imperativas no derogables por contrato en tanto que normas imperativas simples. En definitiva, entiendo que su inclusión en la norma desde el punto de vista práctico se circunscribe fundamentalmente al terreno de lo disuasorio o al de lo deseable más que a su aplicación real.

39. Finalmente, en caso de que los empleadores o armadores no respeten las obligaciones salariales y de tiempo de descanso en tierra en los términos expuestos en la norma, la Ley nº 2023-659 incluye un régimen sancionador penal y administrativo, previéndose la imposición de tantas multas como personas trabajadoras afectadas existan¹¹⁵. Tales infracciones serán constatadas -entre otros- por los agentes y funcionarios que desempeñan funciones de control marítimo bajo la autoridad del Ministro del mar¹¹⁶.

IV. Conclusiones

40. La ruptura entre el Reino Unido y la Unión Europea ha dado lugar a una nueva realidad jurídica cuyos principales efectos y consecuencias se han tratado de regular en el Acuerdo de Comercio y Cooperación suscrito entre ambas partes. Sin embargo, y como era de esperar, no todas las situaciones se han previsto y regulado con el grado de detalle adecuado, esperado o deseado, pues como evidencia su propio nombre, el contenido de dicho Acuerdo no es más comercial. Sin desmerecerlo -pues constituyó un importante paso para evitar una ruptura abrupta-, los contenidos relativos al sector del transporte marítimo son excesivamente genéricos e imprecisos. Por ello, es previsible que vayan surgiendo diferencias entre las partes en el cumplimiento de los términos del mismo y que sean estas propias diferencias las que den lugar a nuevos procesos de negociación específicos.

41. Desde el punto de vista de las condiciones sociales de la gente de mar, cabe reseñar que el hecho de que el Reino Unido forme parte de los principales organismos que regulan los aspectos sociales de la gente de mar -esto es, de la OIT y de la OMI-; el que haya suscrito buena parte de los instrumentos internacionales que emanan de las mismas y haya adaptado su legislación no solo a éstos, sino también a la propia normativa europea mientras formaba parte de la UE, evidencia la existencia de unas condiciones mínimas de trabajo que no deberían verse afectadas por el Brexit.

42. La cuestión que se vislumbra como problemática tiene que ver con el recurso al *dumping* social por parte de algunos armadores que -a través de prácticas abusivas- han visto la oportunidad de lucrarse en mayor medida a costa de una reducción de las condiciones sociales de la gente de mar. Esto ha llevado a que tanto el Reino Unido como Francia, en tanto que principales actores de la zona

este sentido, *vid.*, M. GARDEÑES SANTIAGO, “Derecho imperativo y contrato internacional de trabajo”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 25, 2017, pp. 163-188.

¹¹⁵ En lo que respecta a las sanciones penales, los artículos L.5994-1 y L.5994-2 de la Ley nº 2023-659 establecen una multa de 7.500 euros para aquel empleador o armador que abone un salario mínimo por hora inferior o incumpla las obligaciones relativas a los períodos de descanso en tierra, siendo castigada la reincidencia con seis meses de prisión y una multa de 15.000 euros. En cuanto a las sanciones administrativas, el artículo L.5596-1 del mismo cuerpo legal establece que las autoridades administrativas competentes podrán bien amonestar al empleador o armador, bien imponerle una multa, en caso de incumplimiento de las disposiciones relativas al pago del salario mínimo por hora y al tiempo de descanso en tierra, siendo la cuantía máxima de estas multas de 4.000 euros o del doble en caso de que se cometa una nueva infracción en los dos años siguientes a la notificación de la multa anterior. En caso de que la nueva infracción se produzca en el plazo de un año desde la notificación de una amonestación de la misma naturaleza, la multa podrá incrementarse en un 50 % (artículo L.5596-3 de la Ley nº 2023-659).

¹¹⁶ En particular, en lo que respecta a las sanciones penales, el artículo L.5595-1 párrafo 2º remite a las personas mencionadas en determinados apartados del artículo L.5222-1 que incluyen a las siguientes personas: los administradores de asuntos marítimos; agentes del cuerpo técnico y administrativos de asuntos marítimos; el delegado del mar y del litoral (DML) y los funcionarios públicos comisionados a estos efectos por decisión del director interregional del mar. En materia administrativa, las sanciones serán impuestas por el director regional de empresas, de la competencia, de consumo, de trabajo y de empleo (DIRECCTE) a propuesta de los inspectores de trabajo y de los agentes y funcionarios anteriormente mencionados, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo L.5596-1.

transfronteriza del Canal de la Mancha, hayan avanzado hacia iniciativas de protección legislativa con el objetivo de establecer unas condiciones mínimas en materia salarial y en materia de descanso, en el caso francés. Aunque ello constituye un importante primer paso, tal y como ha sido puesto de manifiesto por dichos países, el Brexit ha vuelto a poner en la palestra la necesidad de que la cuestión del *Short Sea Shipping* sea abordada por el legislador europeo en tanto que problema recurrente al que se enfrenta este tipo de tráfico marítimo, reforzando así la protección y el respeto de los derechos laborales de la gente de mar¹¹⁷. Ante las diferencias existentes entre los regímenes sancionadores de las iniciativas legislativas analizadas, sería fundamental que dicha regulación incluyera disposiciones armonizadas en materia de aplicación pues si bien se trata de una cuestión clave, en la práctica presenta notables dificultades.

43. Por último, en lo que respecta al caso particular español, el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana ha suscrito una serie de acuerdos de colaboración en el ámbito del sector aéreo y marítimo en julio de 2023¹¹⁸. En lo que atañe específicamente al sector marítimo, por una parte, se ha suscrito un Memorando de Entendimiento (MoU, por sus siglas en inglés) sobre las prácticas relativas al factor humano y las condiciones de la gente de mar a bordo de buques con pabellón de terceros países -no españoles ni británicos- que realicen travesías regulares entre puertos de España y del Reino Unido a través del cual se pretende abrir una vía de colaboración entre ambos países para coordinar cuestiones tales como el *dumping* social que, tras el Brexit, estaría generando problemas en varias líneas marítimas. Por otro lado, como primer paso para una futura negociación de corredores verdes con el Reino Unido -esto es, de rutas marítimas específicas descarbonizadas de extremo a extremo que incluyen tanto la infraestructura terrestre como los buques que la operan¹¹⁹-, ambas partes han firmado la Declaración Conjunta de corredores marítimos verdes.

¹¹⁷ En este sentido, puede observarse como, además de las iniciativas legislativas aprobadas en ambos países, el pasado 24 de julio de 2023, el Reino Unido y Francia firmaron una Carta de compromiso voluntario para la protección de la gente de mar en el Canal de la Mancha (“Charte d’engagement volontaire pour la protection des gens de mer dans le transmanche”) cuyo objetivo es reforzar la protección social de los trabajadores del mar mediante la introducción de un conjunto mínimo de condiciones de empleo, trabajo y vida a bordo que van más allá de las establecidas en el MLC, 2006. Hasta la fecha de redacción de estas líneas, son cuatro los armadores -DFDS France, Brittany Ferries, Condor Ferries y Stena Line- que han suscrito voluntariamente esta Carta de compromiso propuesta por ambos Gobiernos, siendo rechazada su firma por P&O y Irish Ferries. *Vid.*, SECRETARIAT D’ÉTAT CHARGÉ DE LA MER, “La France et le Royaume-Uni renforcent leur lutte commune contre le dumping social dans le transport maritime transmanche”, Communiqué de presse, 25 de julio de 2023. Disponible en el siguiente enlace: <https://mer.gouv.fr/la-france-et-le-royaume-uni-renforcent-leur-lutte-commune-contre-le-dumping-social-dans-le>

¹¹⁸ MINISTERIO DE TRANSPORTES, MOVILIDAD Y AGENDA URBANA, “Mitma firma con Reino Unido Varios acuerdos de colaboración en el ámbito aéreo y marítimo”, Nota de prensa, 7 de julio de 2023. Disponible en el siguiente enlace: https://www.mitma.gob.es/recursos_mfom/sala_prensa/230707_np_firma_mous_con_uk_aereo_y_maritimo.pdf

¹¹⁹ Sobre los corredores marítimos verdes en España, puede consultarse el informe elaborado por GLOBAL MARITIME FORUM, *Green shipping corridors in and out of Spain: Assessing route-based opportunities*, junio de 2023.

La protección de los derechos digitales: Una cuestión identitaria europea

The protection of digital rights: A European identity issue

ANTONIO LAZARI

*Profesor Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Universidad Pablo de Olavide*

Recibido: 02.11.2023 / Aceptado: 10.01.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8425

Resumen: El almacenamiento de datos personales no pone en peligro solo el denominado derecho individual a la privacidad, sino que afecta a un espectro social y político más amplio, relacionado con la salud de la vida democrática. Frente a la visión soberanista china y a la idea segmentada y mercantilista estadounidense de seguridad digital, la Unión Europea va proponiendo en esta última década una concepción estrechamente ligada a la jurisprudencia del TJUE en torno a la esencia del derecho fundamental a la identidad digital. Este estudio aborda los aspectos esenciales de la protección de datos en la nueva globalización, diseñando un cuadro estratégico donde tanto dentro del territorio de la Unión como fuera de ello las instituciones comunitarias han de dialogar necesariamente sobre el alcance de los derechos fundamentales.

Palabras clave: Derechos digitales, Derecho a la privacidad, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Identidad de la Unión.

Abstract: The storage of personal data does not endanger only the so-called individual right to privacy, but covers a wider social and political spectrum, related to the health of democratic life. Faced with the Chinese sovereignty vision and the segmented and mercantilist American idea of digital security, the European Union has been proposing in the last decade a conception closely linked to the jurisprudence of the CJEU around the essence of the fundamental right to digital identity. The primary issues that arise when studying cybersecurity must be addressed from a broader, (arguably, inevitably existential) perspective, underlining that cybersecurity refers to public goods and private property and that the organizations and bodies designated to protect them must be subject to the scrutiny of constitutionally relevant norms, lest they become true CyberLeviathans. This study addresses the essential aspects of data protection and citizens' rights in the new globalization era, designing a strategic framework where both within the territory of the Union and outside it the Community institutions must necessarily dialogue on the scope of fundamental rights in the face of the requirements of national security.

Keywords: Digital Rights, European Union Law, Court of Justice of European Union, European Union Identity.

Sumario: I. Prólogo: los términos de la cuestión. II. Los principales modelos normativos fuera del territorio de la Unión Europea. 1. El panorama normativo en los Estados Unidos de América. 2. El panorama normativo en la República Popular China. III. El modelo relacional europeo. 1. El formante legislativo de la Unión: el derecho primario. 2. El derecho derivado. IV. El formante judicial europeo. V. El diálogo judicial en el espacio jurídico europeo. 1. Los filamentos horizontales de la red: la relación con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 2. Los filamentos verticales de la red: la relación con los órganos jurisdiccionales nacionales. 3. Los rasgos relacionales del juez tejedor. VI. El diálogo judicial, clave de la afirmación del modelo europeo.

I. Prólogo: los términos de la cuestión

1. El anunciado “tsunami digital” es el resultado no solo de las oportunidades proporcionadas por la tecnología, sino también del hecho de que los datos personales son arrastrados a la órbita omnívora de las empresas y organizaciones de seguridad. Se ha constituido un nuevo espacio difícil de definir según los marcos tradicionales de referencia público/privado, nacional/internacional, en el cual no se ven afectados solo los aspectos individuales tradicionales de la privacidad personal. El almacenamiento de datos personales cubre un espectro social y político más amplio, relacionado con la salud de la vida democrática. Frente a la visión soberanista china y a la idea segmentada y mercantilista estadounidense de seguridad digital, la Unión Europea va proponiendo en esta última década una concepción estrechamente ligada a la jurisprudencia del TJUE sobre la esencia del derecho fundamental a la identidad digital. En consecuencia, las cuestiones primordiales que surgen al estudiar la ciberseguridad deben abordarse de manera compleja, comparativa e inevitablemente axiológica, subrayando que la ciberseguridad se refiere a bienes públicos y propiedades privadas y que las organizaciones y organismos designados para protegerlos deben estar sujetos al escrutinio de normas constitucionalmente relevantes, para que no se conviertan en verdaderos *CyberLeviathans*¹. Este estudio aborda los aspectos comparativos y europeos de la protección de datos y derechos de los ciudadanos en la nueva globalización. Se divide en dos segmentos especulares: el primero abordará el heterogéneo panorama regulatorio estatal sobre la protección de la privacidad desde una perspectiva comparativa y empírico-descriptiva. El segundo fragmento, tras constatar la reconocida imposibilidad de abordar la cuestión intrínsecamente transnacional de la ciberseguridad a través de disciplinas exclusivamente nacionales, profundizará en el estudio de la disciplina regulatoria (y la *gobernanza* subyacente) perseguida por la Unión Europea y el Consejo de Europa; segmento que representa el núcleo esencial de este trabajo².

II. Los principales modelos normativos fuera del territorio de la Unión Europea

1. El panorama normativo en los Estados Unidos de América

2. La visión subyacente a la protección de datos está potentemente marcada por la jurisprudencia y doctrina estadounidense de finales del siglo XIX expresada por Warren y Brandeis³. La privacidad, en esencia, consistía en el “*derecho a ser dejado en paz*”⁴. El propio Brandeis, esta vez como juez, comentó en la famosa *dissenting opinion* en el caso *Olmstead v. United States*⁵ que “*personal privacy matters were more relevant to constitutional law*”, llegando a afirmar que “*the government was identified as a potential privacy invader*”⁶. Argumenta que “*discovery and invention have made it possible for the Government, by means far more effective than stretching upon the rack, to obtain disclosure in court of what is whispered in the closet*”⁷. A pesar de las aspiraciones regulatorias de Brandeis, ni el “formante”⁸

¹ Sobre la posibilidad de que resurjan nuevos Leviatanes, véase la reciente obra de J. GRAY, *The New Leviathans: Thoughts After Liberalism*, Penguin Books Ltd., 2023.

² Para una profundización sobre estos temas se permita remitir a trabajos previos A. LAZARI, *De ciberataques y ciberleviatanes: cartografía de la “governance” en el prisma del derecho europeo y comparado*, en *Ciberataques y ciberseguridad en la escena internacional*, coord. por L. Millán Moro, 2019, pp. 175-204; IDEM, “La protezione reticolare europea dei diritti digitali nello scenario internazionale” (Iª Parte), *Studi sull’integrazione europea*, XVII (2022), pp. 229-255; y IDEM, “La protezione reticolare europea dei diritti digitali nello scenario internazionale” (IIª Parte), *Studi sull’integrazione europea*, XVII, 2022, pp. 453-486.

³ D. W. SAMUEL y L. D. BRANDEIS, “The Right to Privacy”, *Harvard Law Review* 4, 1890, p. 193.

⁴ D. W. SAMUEL y L. D. BRANDEIS, *op. cit.*, p. 193.

⁵ *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928).

⁶ *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928), p. 93.

⁷ *Ibidem*, p.94.

⁸ El formante jurídico es una figura del derecho comparado, acuñada por Rodolfo Sacco utilizando terminología lingüística, con el fin de analizar los sistemas nacionales mediante la descomposición de un modelo nacional en sus componentes. Véase R. SACCO, “Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II)”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 39, No. 1 (Winter, 1991), pp. 1-34.

judicial, ni la legislación estadounidense han abordado el tema de la protección de datos de manera integral y constitucional⁹.

3. En las últimas dos décadas, el marco regulatorio de los Estados Unidos no ha contrarrestado el aumento de los poderes privados de las corporaciones digitales, sino que ha defendido firmemente el concepto de libertad consagrada en el álveo de la Primera Enmienda, como se reiteró recientemente en *Packingham v. Carolina del Norte*¹⁰.

4. La Constitución de los Estados Unidos no menciona explícitamente el término “privacidad” o “protección de datos”. De hecho, no existe un derecho individual explícito a la privacidad en el sistema estadounidense, ni existe una legislación general de protección de la privacidad hasta la fecha¹¹. Emerge un mosaico legal de protecciones de la privacidad producido por múltiples fuentes, como la Primera Enmienda, la Cuarta Enmienda, la Quinta Enmienda y la Decimocuarta Enmienda a la Constitución y la correspondiente jurisprudencia constitucional. Como resultado, el derecho de Estados Unidos ha centrado su atención principalmente en la privacidad frente a la acción del gobierno y en la idea de que las personas tienen derecho a la privacidad en virtud de la Cuarta Enmienda¹².

5. Desde una perspectiva comparativa, Whitman argumenta significativamente que la mayor amenaza histórica a la privacidad no han sido las empresas privadas, sino el gobierno, ya sea federal o estatal¹³. El enfoque liberal de los Estados Unidos también podría considerarse una expresión del constitucionalismo digital que denota el diferente sesgo cultural del derecho constitucional de los Estados Unidos, que considera a las plataformas digitales como un “facilitador” de la libertad y la democracia, en lugar de verlas en términos de amenaza para esos valores. Esta concepción ha sido progresivamente abandonada en la vertiente oriental del Atlántico, donde el *humus* constitucional diferente basado en la dignidad humana ha allanado el camino hacia una nueva fase constitucional, como veremos en la segunda parte.

6. A finales de 2015, después de años de largas negociaciones parlamentarias, el Congreso aprobó una legislación para permitir a las empresas compartir voluntariamente información sobre amenazas de ciberseguridad contra el gobierno federal y otras empresas: la *Ley de Ciberseguridad*¹⁴. A pesar de los requisitos directos para que las entidades privadas tomen medidas para eliminar la información personal antes de compartir indicadores de amenazas cibernéticas, los aspectos críticos de esta ley son evidentes con respecto a las empresas que potencialmente violan los derechos de privacidad de las personas, sin contribuir activamente a su ciberseguridad. Del mismo modo, al no equilibrar el eje de la disciplina de ciberseguridad con la protección de la privacidad de los ciudadanos, los estándares estadounidenses inicialmente no consideran la ciberseguridad como una cuestión de seguridad nacional. Un enfoque más amplio basado en el interés nacional requerirá una cooperación más estrecha entre los Estados Unidos y otras naciones; estrategia que aún no había surgido en la adopción de la Ley de la Agencia de Seguridad de Ciberseguridad e Infraestructura de noviembre de 2018¹⁵. Solo a partir de 2018 la dinámica entre el formante judicial y legislativo ha contribuido a aclarar parte del enfoque de los Estados Unidos sobre la protección de datos personales, aunque aún persisten profundas ambigüedades. Estos desarrollos in-

⁹ Según J. FISCHER, “The Challenges and Opportunities for a US Federal Privacy Law”, en F. FABBRINI, E. CELESTE Y J. QUINN (eds.), *Data Protection Beyond Borders: Transatlantic Perspectives on Extraterritoriality and Sovereignty*, Hart Publishing, 2021, p. 76: “The current approach to privacy in the US can be summed up nicely in one word: *fragmented*”.

¹⁰ *Packingham v. Carolina del Norte* (2017) 582 Estados Unidos (2017).

¹¹ La American Data Privacy and Protection Act (“ADPPA”) introducida en 2022 fue el intento más avanzado de presentar un proyecto de ley federal de privacidad integral. Sin embargo, el proyecto de ley no proliferó.

¹² *Roe contra Wade*, 410 US 113 (1973).

¹³ Whitman, James Q., “The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty”, *Yale Law Journal*, 2017, 113, pp. 1211-12; J.L. Fischer, *op. cit.*, pp. 86-90.

¹⁴ Cybersecurity Act H. R. 2029-694.

¹⁵ H.R.3359 - Cybersecurity and Infrastructure Security Agency Act de 2018.

cluyen el caso de Microsoft en el formante judicial, y la *Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act* (conocida como la Ley CLOUD) en la vertiente legislativa¹⁶.

7. Durante mucho tiempo se ha verificado una clara falta de atención a la recopilación de inteligencia por parte de los actores no gubernamentales¹⁷: “*there have already been attempts to use class action lawsuits as a mechanism to enforce privacy*”¹⁸. Las demandas colectivas presentadas contra *Facebook*¹⁹ *Yahoo!*²⁰, *PayPal*²¹, *Google Chegg*²², y en particular, la decisión de enero de 2019 *In re Equifax Securities Litigation*²³ constituyen todos síntomas claros de una reciente tendencia a la protección horizontal *inter privados* de los ciberataques, como de hecho demuestra el caso inglés *Google v. Lloyd* en el ámbito de las acciones colectivas²⁴. Los rasgos idiosincrásicos del sistema normativo estadounidense se hallan, al fin y al cabo, en el territorio privatista de la protección del derecho a la privacidad y en el derecho inicial a la privacidad, entendido como situación jurídica a “ser dejado en paz”.

8. Cuando vuelve a asomarse esporádicamente la necesidad “vertical” de índole gubernamental, el insuficiente equilibrio constitucional, emerge una vez más, principalmente en la jurisprudencia de la Corte Suprema²⁵. En la sentencia de 2018 *Carpenter vs. Estados Unidos*²⁶, la coincidencia inicial, o al menos la convergencia, entre las demandas del gobierno federal y los intereses de las empresas se resquebrajó, dejando espacio para un progresivo conflicto de intereses entre las multinacionales estadounidenses y las reclamaciones del gobierno de los Estados Unidos en el enjuiciamiento de delitos graves. Vuelve a aflorar la preocupación brandeisiana de tutelar el derecho “dejado en paz” en la infoesfera. En una decisión problemática redactada por el juez Roberts el tribunal sostuvo que el gobierno había violado la Cuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos al acceder a documentos que contenían las ubicaciones físicas de los teléfonos celulares sin una orden judicial fuera del territorio de los Estados Unidos²⁷ “«[T] he privacies of life»” must be secure “against «arbitrary power»”. En virtud de la aprobación de la Ley CLOUD, la Corte Suprema anuló el caso en abril de 2018, remitiéndolo al tribunal inferior para su resolución, ya que el gobierno había emitido una nueva orden²⁸. Las solicitudes destinadas a la protección de datos personales en términos de seguridad nacional han surgido sólo en los últimos tiempos y, como tendremos modo de analizar, sin una ponderación jurisprudencial del derecho a la identidad digital.

9. Sin embargo, la cuestión inherente a la regulación del flujo de datos personales adquiere inevitablemente una dimensión transfronteriza, que *ad extra* implica su soberanía cibernética o cibersoberanía.

¹⁶ Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act (Ley CLOUD), Pub. L. No. 115-141, div. V, 132 Stat. 348 (2018) (codificado en secciones dispersas de 18 U.S.C.) [en adelante Ley CLOUD]. Un lugar privilegiado en este análisis está reservado para la Ley de Privacidad de California de 2018. El Parlamento de California ha aprobado la Ley de Privacidad del Consumidor de California, que la mayoría de la doctrina más atenta a estos temas considera la base de una posible ley federal estadounidense inspirada en el modelo europeo GDPR. La medida legislativa, que entró en vigor en 2020, puede considerarse la disciplina jurídica más garante de los derechos individuales en los Estados Unidos y debe leerse en un contexto más amplio donde surge la intención de la Corte Suprema también en la sentencia *Carpenter* de 2018 de limitar las intervenciones de las autoridades estatales en la esfera privada de los ciudadanos (en este caso, estas acciones estaban relacionadas con las grabaciones de la ubicación de dispositivos de telefonía móvil). La American Data Privacy and Protection Act (“ADPPA”).

¹⁷ J.Q. WHITMAN, *op. cit.*, pp. 1211-1212.

¹⁸ J.L. FISCHER, *op. cit.*, p. 76.

¹⁹ *Adkins v Facebook, Inc*, No 3:18-cv-05982, 2019 WL 7212315 (ND Cal, 26 de November de 2019)

²⁰ *In re Yahoo! Inc. Shareholder Litig.*, Caso n. 17-CV-307054, (Cal. Supp. Ct 4 January 2019).

²¹ *PayPal Holdings, Inc.*, n. 3:17-cv-06956 (N.D. Cal.).

²² *Frank v. Gaos*, 586 U.S. (2019).

²³ *In re Heartland Payment system. Second. Litig.*, No 09-1043 (D. N.J. 7 December 2009).

²⁴ *In re Equifax, Inc. Secur. Litig.*, 362 F. Supp. 3d 1295 (N.D. Ga. 28 January 2019).

²⁵ R. MOSHELL, “And Then There Was One: The Outlook for a Self-Regulatory United States Amidst a Global Trend Toward Comprehensive Data Protection”, *Texas Technology Law Review*, 2005, p. 362: “*Supreme Court decisions reiterate that most US jurisprudence related to privacy involves protections against the state, and not in the private sector. The current approach to privacy in the private sector is fragmented and complex, often relying on industries to self-regulate*”.

²⁶ *United States*, n. 16-402, 585 U.S. (2018).

²⁷ *Carpenter v. United States*, 138 S Ct 2206 (2018).

²⁸ *United States v. Microsoft*, No. 17-2, 3 (2018).

La mentada *Ley CLOUD* requiere que los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas proporcionen los datos solicitados por la policía federal a través de una orden judicial, independientemente de la ubicación geográfica donde se recopilaban y almacenaban, siempre que la empresa esté sujeta a la jurisdicción de los Estados Unidos y que los datos recaigan dentro de la “posesión, custodia o control” de la misma corporación. De la misma manera que el Reglamento General de Protección de Datos (a partir de ahora designado con el acrónimo GDPR), que amplió el alcance territorial de la Directiva de Protección de Datos 95/46 / CE, la *Ley CLOUD* extiende el ámbito geográfico de la anterior *Stored Communications Act*²⁹. La reciente aprobación de la *Strengthening American Cybersecurity Act* del 1 de marzo de 2022 en el formante legislativo y la sentencia *FBI v. Fazaga*³⁰ en el formante judicial refuerzan la idea de una preocupación desproporcionada por la seguridad nacional hacia elementos ajenos, colocada por encima de cualquier protección individual, denotando, al menos, una carencia de equilibrio en los intereses en juego. En la reciente decisión judicial del Tribunal Supremo en ningún momento se hace referencia a los derechos fundamentales de los ciudadanos islámicos ni, por consiguiente, a ningún tipo de equilibrio judicial de los derechos constitucionales con respecto a la *Foreign Intelligence Surveillance Act* de 1978 (FISA).³¹

10. El hecho es que ya en un primer examen afloran dos pilares legales que constituyen el nuevo principio de extraterritorialidad digital con dos concepciones subyacentes distintas de la protección de la identidad personal: el Reglamento General de Protección de Datos (GDPR) y, en particular, su art. 3, y la *Ley CLOUD* de los Estados Unidos. Estas dos legislaciones demuestran claramente cómo los Estados hayan desarrollado métodos alternativos para ejercer su poder soberano, que no se basan principalmente en el concepto de territorio. Este fenómeno implicaría un uso exorbitante del poder soberano, generando lo que Lessig llama “*competition among sovereigns*”³², lo que inevitablemente conduciría, a su vez, a una erosión del estado de derecho tanto a nivel nacional como internacional. Definiremos a estos nuevos cibersoberanos con los términos hobbesianos de Cyberleviatanos.

11. Recientemente, esta tendencia a reafirmar los límites en el ecosistema digital ha ido acompañada de intentos de los Estados de recuperar el control sobre los datos y la infraestructura digital; es decir, reterritorializar la legislación en materia de ciberseguridad. Varios gobiernos nacionales han adoptado leyes de localización de datos, que requieren que los controladores almacenen físicamente los datos dentro del Estado, máxime el sistema cibernético chino.

2. El panorama normativo en la República Popular China

12. En primer lugar, “*unlike the EU and the U.S., data protection regulations in China are overdue*”³³. En la comparación dinámica con la cultura jurídica china se destaca el predominio de la estrategia estatista cibersoberanista, sin olvidar las fuertes tensiones con la protección conferida a la privacidad en la versión china, principalmente en los últimos tiempos. En los últimos tiempos, la estrategia internacional del gobierno chino para la cooperación en el ciberespacio, cuyo texto fue publicado en *Xinhua News* en marzo de 2017, aclara los objetivos del gobierno chino con respecto a la ciberseguridad, la cooperación internacional y los medios para lograr sus objetivos³⁴.

²⁹ S.W. SMITH, “Clouds on the Horizon: Cross-Border Surveillance Under the US CLOUD Act”, en F. FABBRINI, E. CELESTE Y J. QUINN (eds.), *Data Protection Beyond Borders: Transatlantic Perspectives on Extraterritoriality and Sovereignty*, Hart Publishing, 2021, p. 343.

³⁰ Tribunal Supremo, *FBI c. Fazaga*, 595 U.S. (2022), donde los jueces ampliaron el poder del gobierno de los Estados Unidos para invocar el secreto de Estado en disputas relacionadas con operaciones de inteligencia por parte de sus agencias de investigación sin hacer ninguna mención de las posiciones individuales correspondientes.

³¹ Foreign Intelligence Surveillance Act del 1978 (FISA), 92 Stat. 1783, 50 U. S. C. par. 1801 ss.

³² L. LESSIG, *Code: And Other Laws of Cyberspace, Version 2.0*, Nueva York, 2006, cap. 16.

³³ E. PERNOT-LEPLAY, “China’s Approach on Data Privacy Law: A Third Way Between the U.S. and the E.U.?”, *Penn State Journal of Law and International Affairs*, 2020, p. 49.

³⁴ Administración de Ciberseguridad de China. “Estrategia Internacional de Cooperación en el Ciberespacio”, publicado el 1 de marzo de 2017 en http://news.xinhuanet.com/english/china/2017-03/01/c_136094371_5.htm.

13. Al tiempo que expresa una posición conceptual abierta en tema de soberanía y seguridad en el ciberespacio a través de la permanencia y colaboración en la comunidad internacional, el primer punto afirma una visión parcialmente proteccionista, contraria a cualquier interferencia supranacional con las regulaciones en el ciberespacio nacional³⁵. La cuarta sección muestra el apoyo del gobierno chino a una red libre y abierta, en la que todos los ciudadanos disfruten de plenos derechos, acceso a la información, participación dentro de los parámetros establecidos en las leyes de gobernanza en el ciberespacio. En otras palabras, el gobierno chino promueve el libre flujo de información, siempre y cuando se garanticen los intereses públicos y nacionales. Los seis puntos pueden dibujar un escenario muy contradictorio, pero sustancialmente tienden a promover claramente los intereses chinos en el ciberespacio³⁶, particularmente cuando se permite una posible gobernanza internacional en la que no se produzca interferencia directa o indirecta en los ciudadanos de cada Estado, es decir, a nivel nacional³⁷.

14. La Ley de Ciberseguridad de China de 2016 fue diseñada principalmente para fortalecer las redes locales contra la piratería maliciosa y todo tipo de ataques cibernéticos, especialmente desde servidores estadounidenses^{38, 39}. Sin embargo, desde el punto de vista de las empresas extranjeras, este fragmento de la legislación parece un “caballo de Troya tecnocrático”⁴⁰. Alejándose del enfoque sectorial estadounidense de las disciplinas de privacidad, la Ley de Ciberseguridad de 2016⁴¹ creó un amplio marco regulatorio, que incluye protecciones de privacidad de datos y se aplica a casi todas las entidades públicas y privadas⁴².

15. Estas disposiciones incluyen requisitos de localización de datos para información personal y datos confidenciales. La localización de datos en China está impulsada fundamentalmente por preocupaciones de seguridad nacional que por la protección de la información personal y los derechos de los interesados. En junio de 2019, el gobierno chino publicó un borrador de medidas para las transferencias transfronterizas de datos llamado *Personal Information Outbound Transfer Security Assessment Measures*⁴³. En

³⁵ El concepto de “cibersoberanía” (网络主权) aparece en el Diario del Pueblo, el órgano oficial del Partido Comunista Chino, donde se lo conoce como un “tema inevitable para la afirmación misma de la soberanía nacional en la era de Internet”. Cfr. WANG YUAN, Xin Qiang, “Internet Sovereignty, an Inevitable Issue”, *People's Daily*, 23rd ed., 23/4/2014.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Cabe destacar la publicación en el sitio web oficial de la Administración del Ciberespacio de China de un documento titulado “Cibersoberanía: Teoría y Práctica (versión 2.0)”, escrito en colaboración con la Universidad de Wuhan, el Instituto Chino de Relaciones Internacionales Modernas y la Academia de Ciencias Sociales de Shanghai en el que, además de reiterar la mencionada definición de cibersoberanía, se esbozan sus características y principios: un elemento central de este análisis es la jurisdicción del Estado soberano en el espacio digital, que también incluye “datos e información de red dentro de sus fronteras de acuerdo con la ley”, hacia la cual los Estados tienen “deberes de prudencia y prevención” para evitar que terceros países pongan en peligro la seguridad y los intereses nacionales. Universidad de Wuhan et al., *Cyber Sovereignty: Theory and Practice (Version 2.0)*, publicado el 25/11/2020 en el sitio web de la Administración del Ciberespacio de China, accesible en el enlace http://www.cac.gov.cn/2020-11/25/c_1607869924931855.htm.

³⁸ Cfr. Z. WEIWEI, *The China Wave: Rise of a Civilizational State*, New Jersey, 2012, p. 41.

³⁹ R. VATANPARAST, “Data Governance and the Elasticity of Sovereignty”, *Brooklyn Journal of International Law*, 2020, p. 28.

⁴⁰ S. TIEZZI, *Xi Jinping Leads China's New Internet Security Group*, *The Diplomat*, 28 febrero 2014, disponible en <http://thediplomat.com/2014/02/xi-jinping-leads-chinas-new-internet-security-group/>

⁴¹ Cfr. Y. WU, T. LAU, D. ATKIN, C.A. LIN, “A Comparative Study of Online Privacy Regulations in the U.S. and China”, *Telecommunications Policy*, 2019, p. 603-616.

⁴² K. CAI, “Jurisdictional Report: People's Republic of China in Regulation of Cross-Border Transfers of Personal Data in Asia”, en GIROT Clarisse (ed.), *Regulation of Cross-Border Transfers of Personal Data in Asia* (editor) *Asian Business Law Institute*, 2018, p. 62 ss.

⁴³ C. QIHENG CHEN, L. SHI, A. MINGLI y K. NEVILLE, “Translation: New Draft Rules on Cross-Border Transfer of Personal Information Out of China”, *New America*, 13 junio 2019, disponible en <https://www.newamerica.org/cybersecurity-initiative/digichina/blog/translation-new-draft-rules-cross-border-transfer-personal-information-out-china/>. Cfr. SHACKELFORD Scott - ALEXANDER, Frank, “China's Cyber Sovereignty: Paper Tiger or Rising Dragon?”, *Asia & the Pacific Policy Society* (18 de enero de 2018), disponible en www.policyforum.net/chinas-cyber-sovereignty/; L. DE NARDIS, G. GOLDSTEIN, Y D. A. GROSS, “The Rising Geopolitics of Internet Governance: Cyber Sovereignty v. Distributed Governance”, Paper presentado al *Columbia SIPSTech & Policy Initiative*, Columbia SIPA November 2016, disponible en www.policyforum.net/chinas-cyber-sovereignty/; Wagner, Daniel, “What China's Cybersecurity Law says about the future”, *Sunday Guardian*, 11 mayo 2019, disponible en <https://www.sundayguardianlive.com/news/chinas-cybersecurity-law-says-future/>; y R. VATANPARAST, *op. cit.*, p. 90: “China's

resumen, “*the EU and U.S. models are indeed well established, yet antagonistic. Both sides of the Atlantic have a different philosophy underlying their approach, which leads to differences in the legal instruments used and the level of protection afforded to individuals. The EU model is proven to be increasingly influential on third-countries’ laws at the expense of the U.S. way which has not attained the same success*”⁴⁴.

16. La estrategia Cyberleviathan de China tiende no solo a crear una infraestructura de red transnacional centralizada por su propio gobierno, sino que también expande la influencia política y económica de China a nivel mundial. Estas políticas, la primera dirigida a controlar el flujo de datos dentro de sus fronteras y la segunda encaminada a expandir su infraestructura de red transnacional, podrían explicar el movimiento para reterritorializar y, al mismo tiempo, tener un alcance extraterritorial⁴⁵. Sin embargo, como ya se ha tenido ocasión de precisar, ninguna realidad se presenta de manera granítica. Recientemente, junto a las consideraciones realizadas hasta ahora en el campo de la soberanía cibernética, se abre paso una normación en constante evolución, que se desarrolla en una dirección distinta y, a veces, opuesta. El Código Civil de 2020, que incorpora plenamente la presencia del derecho chino en la familia jurídica romana, contemplaba la epifanía del derecho a la privacidad, definido como “[derecho] de una persona física [a] una vida privada tranquila y a su espacio privado, actividades privadas e información privada que no quiere revelar a otros”, la protección separada de la información personal, obligando (y por lo tanto dando lugar a un derecho) a cualquier organización o individuo “que necesite acceso a la información personal de otros a hacerlo exclusivamente en “cumplimiento de la ley y garantizando la seguridad de dicha información”⁴⁶.

17. El Libro IV, capítulo VI describe los contornos de “dos sistemas (de protección), dos derechos”: el primer derecho, el de la privacidad (yinsi quan 隐私权), visto como un derecho “negativo”, es decir, a la no intrusión en la vida privada de los demás por cualquier medio que pueda perturbar el “ámbito privado” de un individuo. El segundo, el de la protección de la información personal, un derecho “positivo”, vinculado no solo a la personalidad de la persona física sino también al valor de uso de la información personal y, por lo tanto, al derecho a controlar quién hace uso de su información y cómo se extrae valor del uso de la información personal para objetar, corregir o solicitar una compensación a la autoridad judicial.

18. También es cierto que recientemente han surgido nuevos “filones occidentalistas” en la aprobación de la **Ley de Protección de Datos Personales** (conocida por las siglas “PIPL”), adoptada el 20 de agosto de 2021 por el Comité Permanente de la Asamblea Popular Nacional en tercera lectura y promulgada el mismo día por orden del Presidente de la República No. 91 y entró en vigor el 1 de noviembre de 2021⁴⁷. La normativa, que consta de setenta y cuatro artículos, se propone como objetivo proteger los derechos e intereses relacionados con la información personal, estandarizando sus actividades de procesamiento y promoviendo un uso racional de la misma⁴⁸.

approach to governance of cross-border data flows reflects its broader approach to the regulation of content and information over the internet, some of which are filtered or blocked within its borders”.

⁴⁴ E. PERNOT-LEPLAY, *op. cit.*, p. 49.

⁴⁵ J.E. COHEN, “Between Truth and Power: The Legal Constructions of Informational Capitalism”, *International Journal of Communication*, 2019, p. 216.

⁴⁶ La disposición del artículo 1032, apartado 1, del *Zhonghua Renmin Gongheguo Minfa Dian* (中华人民共和国民法典) [Código Civil de la República Popular China], debe estar relacionada con el artículo 110, que reconoce el disfrute del derecho a la intimidad a toda persona física, distinguiéndolo explícitamente de otros derechos, como el derecho a la reputación y al honor; y el art. 990, que incluye el derecho a la intimidad entre los derechos de la personalidad, y con art. 994, que establece que el cónyuge, los hijos, los padres o, en su defecto, los parientes más cercanos tienen derecho de acción contra quien haya violado la privacidad de su fallecido.

⁴⁷ *Zhonghua Renmin Gongheguo Geren Xinxi Baohu Fa* (中华人民共和国个人信息保护法) (Ley de Protección de Información Personal de la República Popular China) (adoptada en la 30ª reunión del Comité Permanente de la 13ª Asamblea Popular Nacional y promulgada por Orden del Presidente de la República No. 91/2021). En el futuro, se adoptará el acrónimo inglés “PIPL”.

⁴⁸ A. QI, G. SHAO, Y W. ZHENG, “Assessing China’s Cybersecurity Law”, *Computer Law & Security Review*, 2018, p. 1342.

19. Incluso en el sistema chino, por lo tanto, está surgiendo un modelo dual de ciberseguridad y protección de los derechos individuales, perfeccionado aún más por la entrada en vigor de la mencionada Ley sobre la protección de la información personal, cuya conexión con la dimensión cibersoberanista está expresamente establecida por la voluntad del legislador chino.

20. El panorama, por tanto, adquiere connotaciones cada vez más matizadas, ciertamente dominadas por el predominio de un concepto estatalista y lineal de soberanía digital, que, sin embargo, deja espacio para aperturas, a menudo no recogidas en el rango legislativo, tendentes a dar cabida a la protección de los derechos fundamentales, tal y como está estructurado en la legislación europea⁴⁹. De hecho, las tensiones vinculadas a la aprobación del PIPL deben leerse cuidadosamente, ya que si, por un lado, se introducen principios similares al Reglamento General de la Unión, por otro, el trasfondo sigue permeado de la sustancia de la Ley de Ciberseguridad⁵⁰. Completamente ausente es el diálogo judicial o, cuando menos, la ponderación entre los intereses de la seguridad nacional y la salvaguardia de los derechos individuales.

21. El modelo chino denota, por lo tanto, un predominio tendencial del elemento de cibersoberanía, entendido incluso en el sentido tradicional de control gubernamental sobre una población asentada en un territorio determinado, en comparación con el componente de protección de los derechos individuales, con una clara propensión de reciente formación a la introducción de una legislación sobre la privacidad individual. Sin embargo, el modelo chino (Zhongguo tese 中国特色) no reproduce un elemento existencial del propio modelo de identidad europeo: la concordancia judicial de las necesidades de seguridad estatal con la salvaguardia de la esfera de los derechos fundamentales del ciudadano⁵¹.

III. El modelo relacional europeo

22. El modelo europeo es muy complejo. Ello se articula internamente en varios núcleos normativos (formantes legislativo y judicial) en constante interacción, como también a nivel vertical, es decir en relación con los sistemas nacionales. Como tendremos modo de ver, este paradigma complejo y relacional se extiende (y funciona solo en la medida que se reproduce también) más allá de los confines europeos. Su clave identitaria reside en un mecanismo osmótico de apertura. Al contrario de la cerrazón soberanista, el modelo europeo, esencialmente elaborado a nivel judicial, funciona coordinando los diferentes sistemas jurídicos regulados mediante la bisagra conceptual del respeto de los derechos fun-

⁴⁹ Véase D. CLEMENTI, “La legge cinese sulla protezione delle informazioni personali: un GDPR con caratteristiche cinesi?”, *Diritti comparati*, 2022, p. 34: “A distanza di un secolo dal seminale articolo di Warren e Brandeis sul diritto alla privacy, anche la dottrina cinese ha cominciato a individuare nel diritto alla privacy un certo grado di autonomia, distinguendolo e allo stesso tempo ricomprendendolo fra i diritti di personalità. Tale incompiuta autonomia rilevata dai giuristi cinesi è stata infine sanata con la promulgazione della Legge sulla responsabilità civile del 2009, ove il diritto alla privacy trova espresso riconoscimento quale diritto civile, autonomo e distinto dagli altri”.

⁵⁰ Sin embargo, la disposición de que las nuevas leyes o reglamentos administrativos pueden derogar directamente el PIPL permitiría a la Administración China del Ciberespacio de China (CAC) complementar o ampliar la aplicabilidad del PIPL fuera de la lista, lejos de ser exhaustiva, del art. 3, co. 2, nn. 1-2. Queda en manos de la Administración del Ciberespacio de China, la evaluación y autorización de la transferencia de datos personales solo si el operador pasa la evaluación de seguridad de conformidad con el art. 40 del PIPL. Además, la ley no impone las mismas obligaciones a las que deben estar sujetos los gestores de tratamiento también a las autoridades estatales.

⁵¹ Aunque cabe destacar la intervención del Tribunal Supremo Zuigao Renmin Fayuan <Guanyu shenli shiyong ren lian shibie jishu chuli geren xinxi xiangguan minshi anjian shiyong falü ruogan wenti de guiding> Fashi [2021] 15, <<关于审理使用人脸识别技术处理个人信息相关民事案件适用法律若干问题的规定>>, 法释 [2021] 15号 [Interpretación sobre disposiciones sobre varias cuestiones de aplicación de la ley en casos civiles relacionados con el uso probatorio de la tecnología de reconocimiento facial para procesar información personal], Interpretación legal No. 15/2021 (adoptada en la 1841ª reunión del Jurado del Tribunal Popular Supremo el 8 de junio de 2021 y entró en vigor el 1 de agosto 2021), que prohíbe el uso obligatorio del reconocimiento facial sobre la base de una lectura restrictiva del Código Civil.

damentales. Donde este mecanismo se consagra es, como veremos *infra*, en la sentencia Kadi de 2008⁵², en vía general, y en la saga Schrems⁵³, en el tema que nos ocupa.

1. El formante legislativo de la Unión: el derecho primario

23. “Europa ofrece la posibilidad de ser una alternativa de resistencia y cambio frente a la distopía tecnológica que Estados Unidos y China proyectan sobre el futuro”⁵⁴. El conjunto de competencias de las que disponen las instituciones de la Unión, por tanto, constituye una *gobernanza* digital, basada en una revisión de la dignidad humana a través de una generación de derechos fundamentales que protejan a la persona y den sentido a su relación con la Inteligencia Artificial y la robótica⁵⁵. La Unión Europea y el espacio legal europeo a una escala normativa más amplia no solo serían los portadores de un proyecto forjado en torno al derecho, como argumenta Zuboff⁵⁶, sino de una regulación íntima y firmemente anclada en los derechos fundamentales⁵⁷. En esta operación estratégica ha sido, y es, esencial el papel desempeñado por el Tribunal de Justicia, que, desde una perspectiva amplia, ha esbozado los contornos de la esencia del derecho fundamental a la intimidad y a la protección de los datos personales.

24. En primer lugar, el marco jurídico competente está constituido **por el artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CFUE)**, que consagra el derecho a la protección de datos, y las disposiciones de los artículos **39 Tratado de la Unión Europea (a partir de ahora designado con el acrónimo TUE) y 16 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (a partir de ahora designado con el acrónimo TFUE)**, que confieren a la Unión competencia legislativa en materia de protección de datos. Ante una idea de ciberespacio, defendida por Estados como China y Rusia, o ante el reciente aumento de la vigilancia gubernamental por parte de las administraciones estadounidenses Trump y Biden, se erige un conjunto de competencias, íntimamente ligadas al respeto de los derechos fundamentales, como se desprende de las tres disposiciones mencionadas. Esto significa, en definitiva, que no es posible ejercer dichas competencias a escala comunitaria sin respetar los límites inherentes a los derechos fundamentales (artículo 8, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales y 16 TFUE), el derecho de acceso a los datos (artículo 8, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales y el control sobre ellos ejercido por una autoridad independiente (artículo 8 TUE, apartado 3, y artículo 39 TUE)⁵⁸.

25. Es el primer nudo de la tela de araña normativa europea, vertebrado por límites y responsabilidades para el papel de la tecnología e inscrito en la identidad misma de la cultura europea. Un pacto que también parte de una idea de libertad lockeana, no sólo de obediencia hobbesiana. Un pacto liberal como el defendido por Locke, pero que, entrando en el siglo XXI, se desarrolla según una ética tecnológica basada en una nueva idea de responsabilidad. Esta comprensión, como argumentó Hans Jonas, debe inspirarse en un imperativo que salvede el derecho a una vida auténtica en términos humanos⁵⁹.

⁵² Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), 3 de septiembre de 2008 en los asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P, Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation c. Consejo y Comisión.

⁵³ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 16 de julio de 2020, Data Protection Commissioner/Facebook Ireland Ltd, Maximilian Schrems, C-311/18, ECLI:EU:C:2020:559

⁵⁴ J.M. LASSALLE, *Ciberleviatán. El colapso de la democracia liberal frente a la revolución digital*, Barcelona, 2019, p. 138.

⁵⁵ M. DUNN CAVELTY, F. EGLOFF, “The Politics of Cybersecurity: Balancing Different Roles of the State”, *St Antony’s International Review* 15 no.1, 2019, pp. 37-57.

⁵⁶ S. ZUBOFF, “Big Other: Surveillance Capitalism and the Prospects of an Information Civilization”, *Journal of Information Technology*, 2015, p. 75; IDEM, “Surveillance Capitalism or Democracy? The Death Match of Institutional Orders and the Politics of Knowledge in Our Information Civilization” *Organization Theory*, (3), 2022, p. 3.

⁵⁷ M. DUNN CAVELTY, F. EGLOFF, *op. cit.*, pp. 37-57.

⁵⁸ Cfr. A. MORENO BOBADILLA, I. SERRANO MAÍLLO (eds.), *El derecho a la protección de datos personales en Europa y en América: diferentes visiones para una misma realidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

⁵⁹ H. JONAS, *The Imperative of Responsibility. In Search of an Ethics for the Technological Age*, University of Chicago Press, 1984, y S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Bari, 2012.

2. El derecho derivado de la UE

26. A partir del marco competencial se deriva la legislación de segundo grado ejercida por las instituciones comunitarias, que llamaremos formante legislativo. La primera década del siglo vio la emergencia de una especie de soberanía corporativa digital *de facto*. “*It is that form of controlling power that is supported by those who argue that corporate self-regulation is sufficient, that legislative intervention is unwelcome and unnecessary, and that any required checks and balances of corporate digital power will come from a competitive, laissez-faire approach, and market-based equilibria*”⁶⁰. La primera fase de la reglamentación europea se sustenta en una concepción liberalismo y armonizadora del mercado digital.

27. Las teorías libertarias, como hemos tenido la oportunidad de destacar en el modelo estadounidense, se basan en un único supuesto fundamental, podríamos decir ontológico. Las características del *cosmos* digital obligarían a gobiernos y legisladores a adoptar regulaciones basadas en el libre mercado. En una de sus obras, Froomkin define Internet como la “moderna Hidra”⁶¹. Cada vez que alguien corta las cabezas de la bestia mítica, crecen otras nuevas. El mismo paralelismo ocurre cuando los reguladores estatales intentan interferir con el ámbito digital (cortando una de las cabezas de Hydra) y los usuarios eluden fácilmente las nuevas reglas (el crecimiento de nuevas cabezas). Esta metáfora ilustra no solo el compromiso al que los gobiernos se enfrentaron a fines del siglo pasado entre la innovación y la protección de los derechos constitucionales, sino también por qué los Estados (democráticos) adoptaron un enfoque de libre mercado en relación con el entorno digital (es decir, el liberalismo digital). Este marco liberal ha caracterizado la política de la UE a principios de este siglo, principalmente en la **Directiva europea sobre comercio electrónico**⁶², y la **Directiva europea sobre protección de datos**⁶³.

28. Solo más tarde, la Estrategia Global sobre Ciberseguridad fue acompañada por una **Directiva Europea sobre seguridad de las redes y de la información**⁶⁴. Esta Directiva ha dado lugar a un claro movimiento centrípeta en la legislación nacional, imponiendo obligaciones tanto a los Estados miembros como a los operadores de infraestructuras críticas y a los proveedores de servicios de la sociedad de la información (incluidas las redes sociales, los servicios *cloud* y los motores de búsqueda). De esta manera, la UE dejaba atrás el enfoque voluntario, optando por un enfoque prescriptivo que impone a los operadores privados la obligación de tomar medidas de seguridad, así como la obligación de compartir información con las autoridades sobre los incidentes que se han producido.

29. La protección de los datos personales ha alcanzado un nuevo nivel de consolidación no solo después de la adopción del Tratado de Lisboa gracias principalmente al papel del Tribunal de Justicia, como veremos a continuación, sino también con la adopción del Reglamento General de Protección de Datos (RGPD)⁶⁵. El cambio en la estrategia de la Unión puede examinarse poniendo en tensión los primeros considerandos del RGPD con la Directiva de Protección de Datos para comprender el papel central de los derechos fundamentales de los sujetos interesados en el marco de la legislación europea de protección de datos. Este nuevo marco jurídico que gravita en torno a los derechos fundamentales no implica la destrucción de otros derechos y libertades constitucionales en juego, ni siquiera de los intereses de la Unión en garantizar el buen desarrollo del mercado interior mediante el fomento de la innovación en el contexto de la industria de los datos. Sin embargo, este cambio de paradigma en el enfoque de la

⁶⁰ L. FLORIDI, “The Fight for Digital Sovereignty: What It Is, and Why It Matters, Especially for the EU”, *Philosophy & Technology*, 33(3), 2020, p. 371.

⁶¹ A.M. ROOMKIN, “The Internet as a Source of Regulatory Arbitrage”, en B. KAHIN, C. NESSON (eds.) *Borders in Cyberspace*, 1999, p. 129.

⁶² Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000.

⁶³ Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995.

⁶⁴ Directiva UE 2016/1148 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 2016, relativa a las medidas para garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de información en toda la Unión

⁶⁵ Reglamento 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).

Unión subraya el compromiso de proteger los derechos fundamentales y los valores democráticos en una sociedad algorítmica.

30. Toda la estructura del RGPD se basa en principios generales que giran en torno a la responsabilidad del controlador de datos, que debe garantizar y demostrar el cumplimiento del sistema de ley de protección de datos. No se trata, por tanto, de construir un sistema estatalista/soberanista en el modelo chino, ni de elevar al sector privado a portavoz de la Primera Enmienda, como en el paradigma estadounidense: el mismo proceso de consulta al sector privado identifica el modelo de gobernanza europeo.

31. Al igual que en el caso del contenido, el enfoque de la Unión se ha centrado en aumentar la responsabilidad (entendida como rendición de cuentas) del sector privado, al tiempo que limita la discrecionalidad en el uso de tecnologías algorítmicas por parte de poderes irresponsables. La impronta característica de la legislación de la UE, además de su capacidad de armonización, que ya hemos descrito, radica principalmente en la sustancia de la persecución de los derechos garantizados por la Carta de los Derechos Fundamentales y en la aprobación de las normas, que implica a la mayoría de las posibles *stakeholders*, sin dejarles la última palabra al respecto.

32. En el dilema “regulación versus libertad absoluta”, o dicho en términos estratégico-políticos de estrategias internacionales, regulación china o vietnamita contra el modelo estadounidense, la Unión Europea y el Consejo de Europa han marcado un hito intermedio basado en la defensa de los derechos fundamentales. Y en el siguiente dilema “Autorregulación versus heterorregulación” se han posicionado en una perspectiva claramente favorable a la consulta de todas las partes interesadas y, en definitiva, a la decisión política institucional, con el posterior control judicial de la firme jurisprudencia del Tribunal de Justicia (y en parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos) sobre el tema de la férrea protección de los derechos fundamentales del ciudadano⁶⁶.

IV. El formante judicial europeo

33. La acción legislativa ahora analizada está íntimamente asociada a la interacción de la jurisprudencia de los tribunales europeos, de la que extrapolaré solo algunas decisiones que van en la misma dirección de protección de los derechos fundamentales en el ámbito de la ciberseguridad. En el perímetro jurídico europeo, la forma judicial es el componente más importante (el formante en términos juscomparativos). De hecho, la característica fundacional de la Unión es su apertura no sólo a las organizaciones internacionales vecinas, como el Consejo de Europa, sino también a la comunidad internacional en su conjunto⁶⁷. Frente a extensas regulaciones legislativas de cibersoberanía como la Ley CLOUD de los Estados Unidos de 2018 y la legislación china de ciberseguridad de 2016, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, el acrónimo TJUE) erige algunos elementos importantes de la *gobernanza* europea sobre ciberseguridad en el cumplimiento de los artículos 7 y 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE⁶⁸.

34. La protección de la libertad de expresión, la privacidad y la protección de datos en el contexto europeo se basaba no solo en el nivel estatal interno, sino también en la jurisprudencia del TEDH⁶⁹. El Tribunal de Estrasburgo ha desempeñado un papel crucial no solo en la protección de los derechos fundamentales, sino también en la puesta de relieve de los desafíos derivados de las tecnologías digitales.

⁶⁶ A.N. GUIORA, *Cybersecurity Geopolitics, Law, and Policy*, New York, 2017; A. LÓPEZ, “Ciberseguridad en los Estados”, *Revista de Occidente*, Nº 456, 2019 (Ejemplar dedicado a: Ciberseguridad: El reto del siglo XXI), pp. 16-31.

⁶⁷ Cfr. G. DE GREGORIO, *Digital Constitutionalism in Europe. Reframing Rights and Powers in the Algorithmic Society*, Cambridge University Press, 2022.

⁶⁸ C. KUNER, “The Internet and the Global Reach of EU Law”, en (CREMONA, Marise y SCOTT, Joanne eds.) *EU Law Beyond EU Borders: The Extraterritorial Reach of EU Law*, 2019, p. 112.

⁶⁹ G. DE GREGORIO, “The rise of digital constitutionalism in the European Union”, *Int. Const. Law Review* Vol. 19 No. 1, 2021, p. 52.

35. La adopción del Tratado de Lisboa fue el siguiente paso en este proceso⁷⁰. Tanto en el ámbito de los contenidos como en el de los datos, el TJUE ha interpretado los derechos y libertades de la Carta de la UE con el objetivo de garantizar la protección efectiva de estos intereses constitucionales. Dada la falta de una revisión legislativa de la Directiva de Comercio Electrónico o la Directiva de Protección de Datos⁷¹, el activismo judicial ha puesto de relieve los desafíos a los derechos fundamentales en la sociedad de la información, promoviendo así la transición de una perspectiva puramente económica a una nueva fase constitucional del constitucionalismo europeo (digital)⁷². “*In 2011, the CJEU shifted its approach from a merely economic perspective to a fundamental rights-based approach. It is not by accident that this turning point occurred in the wake of the Lisbon Treaty recognizing that the EU Charter has the same legal value as EU primary law*”⁷³.

36. La constelación de decisiones judiciales⁷⁴ perfila, de hecho, los contornos de la esencia del derecho fundamental a la identidad digital⁷⁵. El primer enfoque constitucionalista se consume dentro del recinto normativo de la Unión, anulando por primera vez una directiva comunitaria 2006/24/CE. En la sentencia *Digital Rights Ireland*⁷⁶, el Tribunal considera que sus efectos sobre los derechos fundamentales son desproporcionados al apreciar, de la misma guisa que un tribunal constitucional, la injerencia y las posibles justificaciones de los derechos a la intimidad y a la protección de datos de los ciudadanos de la Unión protegidos por la Carta de la Unión Europea.

37. Esta jurisprudencia comienza a interactuar con la acción legislativa y a menudo influye en sus estrategias políticas, así como en los trasplantes legislativos posteriores en otros sistemas nacionales. A menudo es el formante judicial quien se encarga de promover las directrices que los colegisladores europeos han cumplido posteriormente, como en el caso de las citadas normativas de la Directiva NIS y del RGPD. Su implementación a mediados de 2018 implicó no solo un proceso centrípeto de armonización *ad intra* de las diversas legislaciones nacionales, sino que promovió también varias iniciativas de trasplante sobre seguridad y privacidad en países fuera de la Unión Europea. Los gobiernos de Canadá y Brasil ya han aprobado una legislación similar al GDPR, que ha entrado en vigor en 2020. Australia y Singapur han regulado la notificación de violaciones en un plazo de 72 horas inspiradas en esta regulación, la legislatura india está considerando una legislación similar al GDPR y el Estado de California ha aprobado una ley de privacidad inspirada evidentemente en la legislación de la UE, considerada la más completa en los Estados Unidos hasta la fecha.

1. El diálogo judicial en el espacio jurídico europeo

38. Este diálogo judicial ha adquirido recientemente una dimensión reticular y relacional tanto en la dirección que podríamos decir horizontal con el homólogo Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como en la orientación vertical con los interlocutores privilegiados del Tribunal de Luxemburgo, es

⁷⁰ O. POLLICINO, “Judicial Protection of Fundamental Rights in the Transition from the World of Atoms to the Word of Bits: The Case of Freedom of Speech”, 25 *Eur. L.J.* 155, 2019, p. 25.

⁷¹ O. POLLICINO, “Judicial Protection of Fundamental Rights in the Transition from the World of Atoms to the Word of Bits: The Case of Freedom of Speech”, *Eur. L.J.*, 155, 2019, p. 25.

⁷² G. DE GREGORIO, “The rise of digital constitutionalism in the European Union”, *Int. Const. Law Review*, Vol. 19 No. 1, 2021, p. 52

⁷³ G. DE GREGORIO, *op. cit.*, p. 54.

⁷⁴ Sentencias del TJUE de 8 de abril de 2014, *Digital Rights Ireland Ltd contra Minister for Communications, Marine and Natural Resources et al. y Kärntner Landesregierung et al.*; C-362/14, *Maximilian Schrems c. Comité de Protección de Datos*, 6 de octubre de 2015; *Patrick Breyer/Bundesrepublik Deutschland*, C-582/14, de 19 de octubre de 2016; *Tele2 Sverige AB contra Post-och telestyrelsen*, C-203/15; *Secretaría de Estado del Departamento del Interior/Tom Watson y otro* C-698/15; *Ministerio Fiscal*, C-207/16, de 2 de octubre de 2018.

⁷⁵ M. BRKAN, *op. cit.*, p. 864.

⁷⁶ Sentencia TJUE C-293/12 & C-594/12, *Digital Rights Ireland Ltd v. Ministro de Comunicaciones, Recursos Marinos y Naturales y otros y Kärntner Landesregierung y otros*, ECLI:EU:C:2014:238 (8 de abril de 2014)

decir, los jueces ordinarios. Este es un rasgo identitario del modelo europeo, que podríamos definir como relacional frente a la idea de cibersoberanía china y estadounidense.

39. En la reciente batería de decisiones adoptadas por el Tribunal de Justicia, la tendencia inicial a proteger el derecho esencial a la identidad digital se consolida, no se “diluye”, en relación con las necesidades de seguridad nacional, subsumidas en la disposición del art. 4.2 TUE. Dos demandas existenciales para la Unión Europea chocan, o más bien deben ponderarse: la identidad digital en el sentido individual con connotaciones sociales y políticas, como hemos visto, y la identidad constitucional del Estado, cuya esencialidad se reitera dos veces en la misma norma mencionada del art. 4.2 TUE. La identidad, entendida en un sentido dialéctico-relacional, es, por lo tanto, el desafío actual del constitucionalismo europeo (digital)⁷⁷.

40. El Tribunal de Justicia no se limita únicamente a proteger un derecho, durante años considerado esencial; profundiza en la “ponderación fundamental” de las “voces” supranacionales y estatales⁷⁸. Por lo tanto, actúa como juez constitucional, que maneja elementos no solo jurídicos (como en la primera fase constitucional europea), sino más bien identitarios. La tendencia pretoriana a no defender sólo un lado del cuerno del dilema, sino a equilibrar los intereses en juego, caracteriza el entero modelo europeo. Esta operación axiológica ha crecido al calor del art. 2 TUE, en primer lugar elaborada por las decisiones Tele2 Sverige⁷⁹ y Ministerio Fiscal⁸⁰, se extiende a las sentencias posteriores Privacy International⁸¹, La Quadrature du Net⁸² y Prokuratuur⁸³, y luego se consolida en el *arrêt* G.D./Commissioner de 5 de abril de 2022⁸⁴.

41. Mientras que en el primer bloque de jurisprudencia, en definitiva, se reitera la necesidad fundamental de crear un control judicial con respecto al escrutinio de los derechos en juego, en la fase posterior la corte luxemburguesa no se declara incompetente en la evaluación de estos intereses y traza un surco conciso y profundo en su balance, indicando algunos factores evaluativos que deben iluminar las decisiones legislativas y judiciales nacionales. “*The evolution of the Court’s case-law highlights the intricate institutional architecture at play when it comes to defining the future of mass surveillance and democracy in the digital era, with a complex part played by the judiciary, the legislative and the executive in a multi-level polity such as the EU*”⁸⁵.

42. Como puede verse, se trata de una red de nudos jurisprudenciales, que se extiende en la doble dirección horizontal y vertical. Se teje, entonces, una tela de araña cognitiva y normativa, imprescindible para conocer el modelo europeo de protección de la identidad digital. El punto de partida sólo puede ser la *Grundnorm* del artículo 2 del TUE: nos enfrentamos a un elemento existencial de la Unión. La sentencia La Quadrature en el apartado 114 establece que “la interpretación del artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2002/85 debe tener en cuenta tanto el derecho al respeto de la vida privada, garantizado por el artículo 7 de la Carta, como el derecho a la protección de los datos personales, consagrado en el artículo 8 de ésta, tal como se refleja en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, y el derecho a

⁷⁷ Cfr. A. LAZARI, “La cuestión de la identidad en el derecho internacional, europeo y comparado: por una visión relacional del Derecho”, *Rev. Esp. Der. Eur.*, 2022, (81), pp. 99–155.

⁷⁸ J. WEILER, *The Constitution of Europe. ‘Do the New Clothes Have an Emperor* Harvard University Press, 1999, pp. 187 ss.

⁷⁹ TJUE, Tele2 Sverige AB v. Postoch telestyrelsen e Secretary of State for the Home Department v. Tom Watson and Others, C203/15 e C698/15; ECLI:EU:C:2016:970.

⁸⁰ TJUE, Ministerio Fiscal C207/16, C-207/16; ECLI:EU:C:2018:788.

⁸¹ TJUE, Privacy International/Secretary of State of Foreign and Commonwealth affairs, C-623/17, ECLI:EU:C:2020:790

⁸² TJUE, La Quadrature du Net y otros, French Data Network y otros y Ordre des barreaux francophones et germanophone y otros, ECLI:EU:C:2020:791

⁸³ TJUE, H.K. c. Prokuratuur, C-746-18; ECLI:EU:C:2021:152

⁸⁴ TJUE, G.D. c. Commissioner of An Garda Síochána, Minister for Communications, Energy and Natural Resources, Attorney General, C140/20, ECLI:EU:C:2022:258.

⁸⁵ EN V. MITSILEGAS, E. GUILD, E. KUSKONMAZ, N. VAVOULA, “Data Retention and the Future of Large-Scale Surveillance: The Evolution and Contestation of Judicial Benchmarks”, *Eur Law J.* 2022, p. 2.

la libertad de expresión, ya que este derecho fundamental, garantizado por el artículo 11 de la Carta, constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y pluralista, que forma parte de los valores en los que, en virtud del artículo 2 TUE, se fundamenta la Unión”⁸⁶.

43. En el apartado 43 de la posterior sentencia *Commissioner of An Garda Síochána*⁸⁷ esta afirmación se cita literalmente casi como un axioma conceptual, representando el punto de partida de la siguiente operación de ponderación con respecto a las necesidades de seguridad nacional. Por lo tanto, no se baja la guardia respecto a las crecientes instancias de seguridad nacional, sino que se exponen elementos garantes indispensables en la apreciación de las instancias de seguridad nacional protegidas por el art. 4.2 TUE.

44. Se esbozan los confines de la concepción de la identidad europea. Además, ambas sentencias añaden que “los datos de tráfico y los datos de localización pueden revelar información sobre un número significativo de aspectos de la vida privada de los interesados, incluida la información sensible, como la orientación sexual, las opiniones políticas, las creencias religiosas, filosóficas, sociales o de otro tipo y el estado de salud, que estos datos también gozan de una protección especial en virtud del Derecho de la Unión”⁸⁸. Cabe añadir que los desafíos que plantea el capitalismo digital a los valores democráticos constituyen una de las principales razones que llevan a la Unión a emanciparse del optimismo tecnológico estadounidense, que, como ya se ha visto en la primera parte, considera la Primera Enmienda en términos de dogma del liberalismo digital. Al otro lado del Atlántico, las características del constitucionalismo europeo han animado cada vez más a la Unión a seguir un nuevo camino identitario para hacer frente a los retos de la sociedad algorítmica.

45. El juez de Luxemburgo no rechaza *a priori* el recurso al art. 4.2 TUE: es un derecho que podríamos definir constitucional. El Tribunal de Justicia deja claro que “[e]n vista de estas diversas obligaciones positivas, es necesario, por tanto, encontrar un equilibrio entre los diferentes intereses y derechos legítimos en juego”⁸⁹. Pero en la ponderación fundamental se ve favorecida por la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha declarado que las obligaciones positivas derivadas de los artículos 3 y 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, cuyas garantías correspondientes se establecen en los artículos 4 y 7 de la Carta, implican: en particular, la adopción de disposiciones sustantivas y procesales y medidas de carácter práctico para combatir eficazmente los delitos contra las personas mediante investigaciones y enjuiciamientos eficaces.

46. Como se decía antes, estas afirmaciones se van contemperando con los otros protagonistas del diálogo judicial, tanto a nivel horizontal como horizontal.

47. En esta dirección, el fenómeno de *cross-fertilisation* es claro y ya robusto. Por esta razón, el Tribunal de Justicia ha declarado que el artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2002/58, interpretado a la luz de los artículos 7, 8 y 11 y del artículo 52, apartado 1, de la Carta, no se opone a medidas legislativas que permitan, con el fin de salvaguardar la seguridad nacional, recurrir a un requerimiento judicial que obligue a los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas a conservar de forma general e indiscriminada datos de tráfico y datos de localización, en situaciones en las que el Estado miembro de que se trate se enfrente a una amenaza grave para la seguridad nacional que sea real y actual o previsible, cuando la medida que establece tal requerimiento judicial pueda ser objeto de un control efectivo por un órgano jurisdiccional o un órgano administrativo independiente cuya decisión tenga efecto vinculante, que pretenda demostrar la existencia de una de estas situaciones y el cumplimiento

⁸⁶ TJUE, *La Quadrature du Net* y otros, cit., punto 114.

⁸⁷ TJUE, *G.D. contro Commissioner of An Garda Síochána*, cit., punto 43.

⁸⁸ TJUE, *La Quadrature du Net* y otros, punto 117; CGUE, *G.D. c. Commissioner of An Garda Síochána*, cit., punto 56.

⁸⁹ TJUE, *G.D. c. Commissioner of An Garda Síochána*, cit., punto 62.

de los requisitos y garantías que deben establecerse, y dicho requerimiento judicial sólo puede dictarse por un período limitado a lo estrictamente necesario, pero puede ser renovable cuando persista dicha amenaza. El Tribunal de Justicia declaró que el objetivo de preservar la seguridad nacional corresponde al interés primordial de proteger las funciones esenciales del Estado y los intereses fundamentales de la sociedad mediante la prevención y represión de las actividades que pueden desestabilizar gravemente las estructuras constitucionales, políticas, económicas o sociales fundamentales de un país y, en particular, amenazar directamente a la sociedad, la población o el Estado como tal, como en particular las actividades terroristas.

48. Para determinar este nudo judicial, el tribunal luxemburgués se basa una vez más en la jurisprudencia del tribunal de Estrasburgo, tejiendo los primeros hilos horizontales de su red conceptual.

2. Los filamentos horizontales de la red: la relación con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

49. Al impulso emanado por el Tribunal de Luxemburgo responden en sentido horizontal la corte de Estrasburgo y verticalmente algunos altos jueces estatales. En la primera dirección, el fenómeno de *cross-fertilisation* es consolidado y fructífero “*When the CJEU released its Digital Rights Ireland decision, the question on the cross-fertilisation between the CJEU and the ECtHR arose. The Big Brother Watch and Centrum för Rättvisa decisions delivered by the Grand Chamber (GC) of the ECtHR has piqued the interest in that cross-fertilisation or fragmentation – if there is one – to determine the legal limitations of security and intelligence services in conducting surveillance operations under the Charter and the ECHR*”⁹⁰. Desde hace algún tiempo, el TEDH ha comenzado a incluir en su jurisprudencia los requisitos legales para la interceptación permisible de las comunicaciones y la recopilación de información en relación con los intereses de seguridad nacional. En particular, en el marco de esta última forma de vigilancia, el TEDH consideró que la recogida de la información y su posterior utilización por las autoridades constituían una injerencia separada en el sentido del artículo 8⁹¹. Adoptó un enfoque similar al de la forma anterior de vigilancia, en particular en *Weber y Saravia*, donde declaró que “la transmisión de datos y su utilización por las autoridades [...] constituye una nueva injerencia separada en los derechos de los demandantes en virtud del artículo 8”⁹².

50. En el citado asunto Digital Rights Ireland, el TJUE se basó en la opinión del TEDH para declarar que los proveedores de servicios de comunicaciones obligan a los proveedores de servicios de comunicaciones a conservar los datos de comunicaciones de sus usuarios y a proporcionar al público un acceso posterior a dichos datos consagrando el derecho a la intimidad establecido en el artículo 7 CEDH. De este modo, comenzó a instaurar los requisitos para justificar la injerencia resultante del acceso a los datos por parte de las autoridades, limitando el objetivo del acceso a la prevención o detección de delitos graves.

51. El camino de esta *cross-fertilization*⁹³ judicial entre el TEDH y el TJUE tomó un giro diferente después de Big Brother Watch y el Centrum för Rättvisac. Suecia⁹⁴, donde el tribunal de Estrasburgo también fue llamado a pronunciarse sobre el estado actual de la protección del individuo en la *sociedad post-Snowden* en el reciente caso **Big Brother Watch y otros contra el Reino Unido**⁹⁵.

⁹⁰ V. MITSILEGAS, E. GUILD, E. KUSKONMAZ, N. VAVOULA, *op. cit.*, p. 27.

⁹¹ *Leander c. Suecia* (1987) 9 EHRR 433, párr. 48; *Amann c. Suiza* (2000) 30 EHRR 843, párr. 69; *Rotaru c. Rumania* (2000) 8 BHRC 43, párr. 46.

⁹² *Weber e Saravia c. Alemania* (2008) 46 EHRR SE5, par. 79

⁹³ Cfr. A. LAZARI, *La cross-fertilisation y la formación del paradigma comunitario de responsabilidad del Estado: «el esquema de la crisis»*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, enero-abril (2005), pp. 177-225, IDEM, *La Nueva Gramática Del Constitucionalismo Judicial Europeo*, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo* mayo/agosto (2009), pp. 501-538.

⁹⁴ *Centrum För Rättvisa v. Sweden*, n. 35252/08.

⁹⁵ *Big Brother Watch y otros c. el Reino Unido* n. 58170/13, 62322/14 e 24960/15.

52. En cuanto al fondo de la cuestión, el Tribunal de Justicia, aun suponiendo que “*sería erróneo suponer automáticamente que la interceptación masiva constituye una mayor intrusión en la vida privada de una persona que la interceptación selectiva, que por su naturaleza es más probable que dé lugar a la adquisición y el examen de un gran volumen de sus comunicaciones*”; llega a la conclusión que tal régimen de interceptaciones “*no puede ser conforme al derecho en el sentido del artículo 8*”⁹⁶.

53. A raíz de la jurisprudencia citada del TJUE, el Tribunal también ha dictaminado que, cuando estos parámetros están garantizados, este control debe acometerse mediante la creación de un organismo independiente, que pueda examinar el uso correcto de los datos recogidos. Una vez más, de la lectura de la sentencia de 25 de mayo de 2021, **Big Brother Watch & Others v. el Reino Unido**, se desprende claramente que es el equilibrio entre la necesidad legítima de seguridad nacional, llevada a cabo por GCHQ (Government Communications Headquarters) en ejecución de la Ley de Regulación de Poderes de Investigación (conocida con el acrónimo RIPA) de 2000, y la protección de los derechos fundamentales a la vida familiar y la privacidad consagrados en el art. 8 de la Convención⁹⁷.

3. Los filamentos verticales de la red: la relación con los órganos jurisdiccionales nacionales

54. No es posible comprender plenamente el modelo europeo de protección de la identidad digital sin recurrir comparativamente a ciertas decisiones de los tribunales nacionales, con las que el TJUE conversa a diario.

55. Para comenzar en el perímetro pretoriano italiano, en la decisión de la Cass. Penal. Sec. 3 No. 11991, 2022⁹⁸, del Consejo de Estado francés⁹⁹ y del Tribunal Constitucional belga¹⁰⁰. Curiosamente, cada juez trazó diferentes caminos en las observaciones del TJUE en *La Quadrature du Net y otros*. Mientras que el juez citado anuló las disposiciones incompatibles de la legislación belga sobre conservación de datos, los primeros siguieron un enfoque encaminado a apoyar el régimen nacional de conservación de datos.

56. El *Conseil d’Etat* ha tratado de aceptar en la medida de lo posible los argumentos del Gobierno francés relativos a la prioridad de las consideraciones de seguridad y su importancia dentro del orden constitucional, como se alega en el contexto del art. 4 TUE, apartado 2, tratando de evitar una confrontación directa con el Derecho de la Unión y el TJUE¹⁰¹. Lo que está en juego, refiriéndose a la provisión de art. 4.2 TUE, es muy alto: afecta a la misma identidad constitucional francesa. El tribunal administrativo francés sostiene esta vez que no existe equivalencia entre los principios consagrados en el Derecho constitucional francés y las normas del Derecho de la Unión. “De hecho, los objetivos de valor constitucional de salvaguardar los intereses fundamentales de la nación, prevenir las amenazas al orden público, rastrear a los delincuentes y combatir el terrorismo no se reflejan en el derecho primario de la UE”¹⁰². Además, de manera apodíctica, el Consejo de Estado afirma que “la Constitución es la norma suprema del derecho nacional. En particular, el Consejo Constitucional considera que los objetivos de

⁹⁶ Big Brother Watch y otros c. el Reino Unido, cit., párrafo 316.

⁹⁷ Cabe destacar el aspecto comparativo que surgió en la sentencia del TEDH en cuestión, a saber, el estudio de dos sentencias del Tribunal de Apelación de La Haya de 14 de marzo de 2017 (apartados 253 a 262), y del Tribunal Constitucional Federal alemán de 19 de mayo de 2020 (1 BvR 2835/17), puntos 247-252.

⁹⁸ Cass. penal. Sección 3 No. 11991, 2022, 31/01/2022, confirmada por Sent. Cass. Criminal enviado. Sec. 6 núm. 6618 año 2022, 03/12/2021.

⁹⁹ Consejo de Estado, sentencia de 21 de abril de 2021, decisión núm. 393099

¹⁰⁰ Tribunal Constitucional de Bélgica, Decisión No. 57/2021, de 22 de abril de 2021, <https://www.const-court.be/public/f/2021/2021-057f-info.pdf>.

¹⁰¹ Cfr. N. PERLO, “La decisione del Consiglio di Stato francese sulla Data retention: come conciliare l’inconciliabile”, *Diritti Comparati* N. 2/2021, pp. 163-183.

¹⁰² N. PERLO, *op. cit.*, p. 181.

prevenir las amenazas al orden público y localizar a los delincuentes son “necesarios para salvaguardar los principios y derechos de valor constitucional”¹⁰³.

57. El *Conseil d’Etat* aceptó el vínculo entre los mecanismos nacionales de conservación de datos y la protección nacional de datos, sin declarar inválida o inaplicable el Derecho de la UE. Más bien, pretendía establecer los parámetros y límites de los sistemas nacionales de conservación de datos a través de una interpretación orientada a la seguridad de la jurisprudencia del TJUE.

58. De este modo, el *Conseil d’Etat* termina por aplicar la jurisprudencia del TJUE, en particular *La Quadrature du Net y otros.*, señalando que se permite la difusión generalizada de determinadas categorías de datos considerados menos sensibles, como el estado civil, la dirección IP, las cuentas y los datos de pago. La retención general de datos de tráfico y ubicación con fines de seguridad nacional también está justificada, pero el gobierno tiene el deber de evaluar periódicamente la existencia de una amenaza grave, real, real o previsible para la seguridad nacional. Por otra parte, la conservación general de datos telemáticos y de localización con fines distintos de la seguridad nacional, en particular la persecución de infracciones penales y la protección del orden público, es ilegal. Al hacerlo, el Consejo de Estado evitó una confrontación directa con el TJUE, interpretando en un sentido amplio la jurisprudencia del TJUE sobre las facultades del ejecutivo para conservar datos personales de manera generalizada.

59. El Tribunal Constitucional belga, por su parte, adoptó plenamente el razonamiento del TJUE en la sentencia *La Quadrature du Net y otros.* por la que se anula la legislación belga en materia de conservación de datos. El Tribunal de Justicia no dudó en señalar que la normativa pertinente permitía una obligación generalizada e indiscriminada para los proveedores de telecomunicaciones de conservar los datos personales de sus clientes con fines más amplios que la lucha contra la delincuencia grave y la protección de la seguridad pública. Según el Tribunal de Justicia, la sentencia del TJUE en el asunto *La Quadrature du Net y otros* Exigía un cambio en la perspectiva del legislador nacional: la obligación de conservar datos personales debe ser la excepción, no la regla. En el mismo sentido trazado por el *Conseil d’Etat* es la sentencia del **Tribunal Supremo español 727/2020**¹⁰⁴.

60. También en este caso el examen de las decisiones anteriores del Tribunal de Justicia es muy exhaustivo, lo que lleva a la conclusión de que “la legislación española en su conjunto es respetuosa con los derechos reconocidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea [...] Lo determinante a efectos del proceso penal es si la limitación que sufre cada investigado en sus derechos fundamentales supone una injerencia no respetuosa con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y, en general, con los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución”.

4. Los rasgos relacionales del juez tejedor

61. Como hemos visto en el análisis realizado con respecto a la cultura jurídica estadounidense y china¹⁰⁵, que padecen de intervenciones judiciales de índole “ponderadora”, en la protección de la identidad digital en juego no solo hay una dimensión individual (de protección de un derecho individual)¹⁰⁶. “*This increasing importance of privacy protection in Europe is not only to be understood in relation to the protection of individuals’ rights, however, but also with regard to its relevance for democratic so-*

¹⁰³ Conseil d’État, sentencia de 21 de abril de 2021, decisión núm. 393099.

¹⁰⁴ Penal N.º, Tribunal Supremo 727/2020, Cfr. Sala de lo Penal, Sección 1, Rec 4218/2018 de 23 de Marzo de 2021-

¹⁰⁵ Y podríamos añadir a esta nómina también el modelo ruso, como evidencia J. GRAY, *The New Leviathans: Thoughts After Liberalism*, op. cit., p. 23, en el capítulo *Russia’s Orthodox Leviathan*.

¹⁰⁶ F. BIGNAMI, “Schrems II: The Right to Privacy and the New Illiberalism”, *Verfassungsblog* (29 de julio de 2020), www.Verfassungsblog.de/schrems-ii-the-right-to-privacy-and-the-new-illiberalism/?fbclid=IwAR1wXiMQ1HL_KwaOTw3TzTI-FOGRBtNzTaTMrD3mVMGovHyLonTjvNye-vMk,

cities; by strengthening people's personal freedom, European privacy protection is, at the same time, proving to be essential for the development and flourishing of democratic practices conceptualized as collective acts of free communication"¹⁰⁷.

62. El radio de acción de la red judicial europea trasciende una dimensión meramente individual (de protección del derecho) del derecho a la intimidad¹⁰⁸, revelando la importancia de la dimensión social, como lo demuestra la reciente intervención en la *account* del entonces presidente estadounidense Trump¹⁰⁹. Las plataformas digitales pueden decidir por sí mismas no solo cómo interactúan las personas, sino también cómo pueden hacer cumplir sus derechos (y cuáles son esos derechos) regulando de forma privada su infraestructura digital¹¹⁰. En el contexto de esta comprensión social del concepto, la privacidad no solo se considera una relación de interacción y, por lo tanto, una práctica inherentemente social, sino que también se describe como un bien social, considerado de crucial importancia para las sociedades democráticas. "*The consolidation of private powers in the algorithmic society does not only challenge the protection of individual fundamental rights, such as freedom of expression, privacy and data protection but also democratic values*"¹¹¹.

63. Recientemente se ha precisado que "el principio de transparencia desempeña un papel cada vez más importante en el Derecho de la Unión y está actualmente consagrado en el Derecho primario, estando cubierto por los artículos 1 TUE y 10 TUE y 15 TFUE. En el marco del Derecho de la Unión, este principio se materializa principalmente en exigencias de transparencia institucional y procedimental relativas a actividades de carácter público, como la actividad legislativa o administrativa. A este respecto, la transparencia contribuye a reforzar los principios de democracia y respeto de los derechos fundamentales definidos en el artículo 6 del TUE y en la Carta. El propio Tribunal ha reconocido el vínculo entre transparencia y democracia, afirmando en su jurisprudencia que el objetivo del principio de transparencia es dar a los ciudadanos el acceso más amplio posible a la información, con el fin de reforzar el carácter democrático de las instituciones y de la administración"¹¹².

64. Pero hay más. ¿Cómo se pueden proteger estos derechos, entendidos individual y políticamente¹¹³? ¿En qué realmente se diferenciaría el modelo europeo de los paradigmas esencialmente soberanista y mercantilista?

65. Esta lucha contra los Leviatanes¹¹⁴ tiene que llevarse a cabo a través de un trabajo continuo de integración jurisprudencial. La efectividad de la protección primaria y fundamental de los datos personales que, debe reclamarse también en la relación entre terceros Estados, controladores de datos y destinatarios de datos no comunitarios, representa una condición esencial para el intercambio de los mismos: la protección del GDPR y su *primauté* hacia los ciudadanos europeos. Leyendo la sentencia Schrems II a contraluz¹¹⁵, se puede encontrar la función relacional del juez tejedor comunitario (tanto ad

¹⁰⁷ S. SEUBERT Y C. BECKER, "The Democratic Impact of Strengthening European Fundamental Rights in the Digital Age: The Example of Privacy Protection", *German Law Journal* 22, 2021, pp. 31-44.

¹⁰⁸ S. SEUBERT Y C. BECKER, *op. cit.*, p. 44.

¹⁰⁹ L. FLORIDI, "Trump, Parler, and Regulating the Infosphere as our Commons", *Philosophy and Technology* 34 (1), 2021, pp. 1-5.

¹¹⁰ I. SCHULIAQUER, ¿*Can Twitter and Facebook Censor Trump in the Name of Democracy?*, *OpenDemocracy*, 13 de enero 2021 disponible en: <https://www.opendemocracy.net/en/democraciaabierta/twitter-facebook-censura-trump-democracia-en/>

¹¹¹ G. DE GREGORIO, *op. cit.*, p. 34.

¹¹² Conclusiones del Abogado General Sr. P. Pitruzzella, presentadas el 20 de enero de 2022 en los asuntos acumulados C37/20 y C601/20 WM (C37/20), Sovim SA (C601/20)/Registros Mercantiles de Luxemburgo.

¹¹³ Cfr. A. LAZARI, "La nueva gramática del constitucionalismo judicial europeo", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 33, 2009, pp. 501-538.

¹¹⁴ "The new Leviathans offer meaning in material progress, the security of belonging in imaginary communities and the pleasures of persecution", así J. GRAY, *The New Leviathans: Thoughts After Liberalism*, *op. cit.*, p. 16.

¹¹⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 16 de julio de 2020, Data Protection Commissioner/Facebook Ireland Ltd, Maximillian Schrems, C-311/18, ECLI:EU:C:2020:559

intra como *ad extra*), de la que Marta Cartabia diserta brillantemente¹¹⁶. “*The judgment is emblematic of the formal strength of the EU’s fundamental rights approach to personal data protection but also its limits in the age of digital interdependency*”¹¹⁷.

Por lo tanto, es imposible ignorar la referencia esencial que, entre los hilos de la sentencia, realiza el Tribunal de Justicia a la saga *Kadi*¹¹⁸.

66. Examinando la sentencia seminal *Schrems II* a la luz del *arrêt Kadi*¹¹⁹, aflora la imagen de un sistema europeo que construye un modelo autónomo; un paradigma que no permite interpretaciones arbitrarias o restricciones a los derechos fundamentales. Pero esta decisión también siembra la semillas de la relacionalidad del modelo europeo, descifrándose no en los términos de la *closure* de Glenn¹²⁰, tradicionalmente asociada con la propia noción de soberanía, presente, en cambio, en las fórmulas legislativas de Estados Unidos y China¹²¹. La autoridad judicial, basándose en la disposición legislativa del art. 3 del RGPD, sienta las bases para una extensión de la protección constitucional del derecho a la identidad digital, apoyando su argumento sobre un mecanismo de valores¹²². Es imprescindible que, en relación con los diferentes sistemas jurídicos con los que está vinculado el ordenamiento jurídico europeo, la protección de los derechos fundamentales constituya no sólo un baluarte insuperable, sino también un medio de recíproco enriquecimiento.

67. Todo ello representa una forma no tanto de ejercer la soberanía, que en esencia nunca se ha discutido, en el terreno último de los derechos fundamentales, de la misma manera que la Unión Europea sólo había conocido de manera relajada en su primera fase, atenuando la vocación puramente mercantilista de la construcción de la Comunidad. Los derechos fundamentales, antes relegados —como ya se ha señalado— a meras excepciones en manos de los Estados miembros para justificar restricciones a las libertades económicas proclamadas por los Tratados, se convierten así en un eje del sistema, constituyendo una «bisagra» que regula su apertura al exterior y al interior¹²³. Esta propensión abierta está contenida en la vocación misma de la Unión y, en particular, en el art. 6.3 TUE, donde la propia existencia de los derechos fundamentales está vinculada a las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros.

68. Por lo tanto, el papel de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que ya fue crucial en la sentencia *Kadi*, no puede pasar desapercibido o no considerarse esencial: es la metodología identitaria de la Unión. Sin embargo, debemos tener en cuenta una diferencia sustancial que parece poner aún más de relieve la autonomía relacional del ordenamiento jurídico comunitario.

¹¹⁶ M. CARTABIA, “Editorial: Courts’ Relations”, *I•CON* 18 (2020), p. 2.

¹¹⁷ K. IRION, “Schrems II and Surveillance: Third Countries’ National Security Powers in the Purview of EU Law”, *EU Law Blog* (24 de julio de 2020), www.europeanlawblog.eu/2020/07/24/schrems-ii-and-surveillance-third-countries-national-security-powers-in-the-purview-of-eu-law/

¹¹⁸ TJUE, 3 de septiembre de 2008 en los asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P, Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation c. Consejo y Comisión.

¹¹⁹ M.H. MURPHY, “Assessing the Implications of Schrems II for EU-US Data Flow”, *ICLQ*, 2020, p. 14.

¹²⁰ Indispensable para la reconstrucción de la idea de Estado moderno asociado a la exclusión/*closure* es la magnífica obra de H.P. GLENN, *The Cosmopolitan State*, Oxford University Press, Oxford, 2013. Recientemente cfr. H. DEDEK (ed.), *A Cosmopolitan Jurisprudence: Essays in Memory of H. Patrick Glenn*, ASCL Studies in Comparative Law, Cambridge, 2021.

¹²¹ C. GENTILE, “La saga Schrems e la tutela dei diritti fondamentali”, *Federalismi*, 2021, n. 1, p. 54: “*In definitiva, Schrems II potrebbe costituire il punto di partenza di un dibattito più articolato sull’applicazione extraterritoriale dei diritti fondamentali*”. Véase también J.P. MELTZER, “The Court of Justice of the European Union in Schrems II: The impact of GDPR on Data Flows and National Security”, *VoxEu*, 5.8.2020.

¹²² Identifica elementos críticos R. BIFULCO, “Il trasferimento dei dati personali nella sentenza Schrems II: dal contenuto essenziale al principio di proporzionalità e ritorno”, *DPER online*, 2/2020, p. 7. Véase también M. TZANOU, *Schrems I y Schrems II: assessing the case for the extraterritoriality of EU fundamental rights*, en F. FABBRINI, E. CELESTE, J. QUINN (eds.), *Data Protection Beyond Borders Transatlantic Perspectives On Extraterritoriality And Sovereignty*, Hart Publishing, 2021.

¹²³ Muy interesantes las reflexiones de O. POLLICINO, “La tutela de la privacy digital: el diálogo entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y las jurisdicciones nacionales”, *Revista de Estudios Políticos*, 2016, 173, p. 244.

69. En la decisión Kadi, la fuente exógena de la violación de los derechos fundamentales protegidos por la Carta fueron las obligaciones impuestas por un acuerdo internacional y, más concretamente, por una resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. El contenido de la Resolución del Consejo de Seguridad de la ONU era el término en el que el sistema comunitario debía distanciarse, interponiendo la protección de los derechos fundamentales como un obstáculo para una encarnación plena y servil de lo previsto en la fuente heterónoma en la que se basaba el reglamento del Consejo, luego parcialmente anulado.

70. Por su parte, en la saga *Schrems*¹²⁴, no se trata de una norma de Derecho comunitario, ni de Derecho internacional, sino del sistema de Puerto Seguro y, en particular, del ordenamiento jurídico de los Estados Unidos lo que expondría a la Unión a una amenaza para los derechos fundamentales de los ciudadanos europeos. Por consiguiente, el límite impuesto por la protección de los artículos 7, 8 y 47 de la Carta es contrario al derecho de un Estado tercero. También en virtud de la función relacional presente en la sentencia *Schrems*, no debe subestimarse un vínculo importante (esta vez con intraproyección) entre una parte de la sentencia y algunos precedentes relevantes del Tribunal Constitucional alemán.

71. El apartado 73 establece que “la expresión «nivel de protección adecuado» exige que ese tercer país garantice efectivamente, por su legislación interna o sus compromisos internacionales, un nivel de protección de las libertades y derechos fundamentales sustancialmente equivalente al garantizado en la Unión por la Directiva 95/46, entendida a la luz de la Carta”. Esta decisión del Tribunal de Luxemburgo se asemeja mucho al contenido de dos sentencias muy importantes del Tribunal Constitucional alemán, conocidas como Solange I y Solange II¹²⁵. Según el *Bundesverfassungsgericht*, considerando que la integración europea se encontraba todavía en una fase de integración parcial –atestiguada por la ausencia de un documento de protección de los derechos fundamentales y, más en general, por el problema de la debilidad democrática visible en la construcción de la entonces Comunidad Europea, dicha cláusula debía ser interpretada estrictamente. Por consiguiente, a falta de un catálogo de derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional se reservó el derecho de no aplicar disposiciones del Derecho comunitario contrarias a los derechos protegidos por la Constitución alemana. La solución jurisprudencial ofrecida años más tarde por la referencia a tradiciones constitucionales comunes y en 2008 por la citada sentencia Kadi parece indicar el camino emprendido no solo por el constitucionalismo europeo, sino también la clave para entender la extraterritorialidad establecida por las sentencias *Schrems*. El modelo europeo, por lo tanto, funciona en la medida en que no es un medio de imposición soberanista, como apunta Bradford¹²⁶: no es **impuesto por el poder, sino por el valor (siempre que sea realmente relacional, añadiría)**¹²⁷. Por lo tanto, junto con el examen de las implicaciones implícitas en las autorizaciones externas, siempre debe evaluarse el alcance ad *intra* del espacio jurídico europeo, como las dos importantes intervenciones del Tribunal Constitucional alemán sobre el tema del “derecho al olvido”¹²⁸.

72. Si no damos lugar a una continuidad extra/intra osmótica, podríamos generar una distinción entre una extraterritorialidad basada en el poder, es decir asentada una vez más en aspiraciones neocoloniales y soberanistas, en lugar de una nueva categoría basada en los valores compartidos¹²⁹, la estrategia

¹²⁴ TJUE, *Schrems v. Facebook Ireland* del 19 octubre 2016, causa C-582/14; y *Schrems II* del 16 julio 2020, causa C-311/18, *Facebook Ireland c. Schrems*

¹²⁵ Tribunal Constitucional Federal 29 de mayo de 1974, 37 Decisiones del Tribunal Constitucional Federal [BVerfGE] 271, 285; e Tribunal Constitucional Federal [BVerfG] [Tribunal Constitucional Federal] 12 de octubre de 1993, 89 Decisiones del Tribunal Constitucional Federal [BVerfGE] 155.

¹²⁶ A. BRADFORD, *The Brussel Effect. How the European Union Rules the World*, Oxford, 2020, New. U. L. Rev. 1, 2015, p. 107.

¹²⁷ Cfr. O. POLLICINO, “Judicial Protection of Fundamental Rights on the Internet. A Road Towards Digital Constitutionalism?”, Hart, 2021; IDEM, “Data Protection Beyond Borders Transatlantic Perspectives on Extraterritoriality and Sovereignty”, en F. FABBRINI, E. CELESTE, J. QUINN (eds.), *op. cit.*, Hart, 2021, pp. 342- 369.

¹²⁸ Tribunal Constitucional Federal de Alemania, sentencia de 6 de noviembre de 2019, 1 BvR 16/13, RTBF I.

¹²⁹ Además, habría que seguir reflexionando sobre la necesidad de compartir el paradigma europeo de defensa de los derechos fundamentales con respecto a la posibilidad de que una extensión extraterritorial pueda conducir a la aparición de una norma consuetudinaria internacional. Si los parámetros establecidos por la legislación europea fueran compartidos y reelabora-

impulsada por valores, de la que Gstrein y Zetter discuten¹³⁰. Además, habría que seguir reflexionando sobre la necesidad de compartir el paradigma europeo de defensa de los derechos fundamentales con respecto a la posibilidad de que una extensión extraterritorial pueda conducir a la aparición de una norma consuetudinaria internacional. Si los parámetros establecidos por la legislación europea fueran compartidos y reelaborados por la gran mayoría de la comunidad internacional mediante acuerdos internacionales, podría producirse un fenómeno de interacción con el efecto constitutivo de la disposición convencional en una costumbre internacional.

73. El camino hacia una compartición del modelo europeo, con la lógica posibilidad de acuerdos que mejoren el estándar planteado por la Unión, es muy arduo. A pesar del nuevo acuerdo anunciado el pasado 10 de julio, (en su sigla inglés *Data Privacy Framework*) y de la influencia incluso indirecta ejercida en China por el RGPD, emerge un escollo podríamos decir epistemológico de comprensión de la ponderación de los intereses en juego. La decisión de adecuación concluye que el ordenamiento de Estados Unidos garantiza un nivel adecuado de protección, comparable al de la Unión Europea, para los datos personales transferidos desde la UE a empresas estadounidenses a efectos del artículo 45 del RGPD. Sin embargo, paradigmático es el caso de la citada decisión adoptada a principios de marzo de 2022 por la Corte Suprema de los Estados Unidos *Fazaga*¹³¹, que limita el derecho individual a cuestionar las actividades de vigilancia del gobierno de los Estados Unidos¹³². Los jueces, de hecho, han ampliado el poder del gobierno de los Estados Unidos para invocar el secreto de Estado en disputas relacionadas con operaciones de inteligencia por parte de sus agencias de investigación, precisamente en el mismo periodo en que la jurisprudencia europea se movía en la dirección opuesta tanto en la sentencia SIA “SS” de febrero de 2022,¹³³ como en las conclusiones estimulantes del Abogado General Pitruzzella en los casos acumulados WM y Sovi¹³⁴.

74. En definitiva, es probable que el flujo de datos se divida o divida aún más entre regímenes normativos, más allá de lo que ha iniciado el GDPR de la UE, desde el Gran Cortafuegos de China hasta el oeste de Europa. Queda el hecho de que la localización de los datos asume diferentes significados, creando un espectro que va desde la soberanía china o comercial estadounidense hasta la gobernanza basada en valores: “*Localisation clauses reflect the identity challenges of the EU as a good global actor and a somewhat more protectionist one as to the parameters of “good” here*”¹³⁵.

dos por la gran mayoría de la comunidad internacional mediante acuerdos internacionales, podría producirse un fenómeno de interacción con el efecto constitutivo de la disposición convencional en una costumbre internacional.

¹³⁰ O.J. GSTREIN, A. ZWITTER, *op. cit.*, p. 4: “*we suggest that rather than relying on extraterritorial effect that adopts a power-based approach using the ‘Brussels Effect’, the universal protection and promotion of European values will be more sustainable when adopting value based strategies*”. Desde una perspectiva juscomparada, las decisiones de adecuación tienen un efecto extraterritorial, ya que proporcionan un incentivo, en consonancia con el enfoque de armonización interna, para actualizar o revisar las leyes nacionales de protección de datos. Esto se demostró más recientemente en los casos de Japón y Corea del Sur, que actualizaron y alinearon sus leyes nacionales con el GDPR en un esfuerzo por tener un acceso privilegiado al mercado único de la UE. La decisión de adecuación para Japón se adoptó el 23 de enero de 2019 y es la primera en el marco de GDPR, mientras que las conversaciones con Corea del Sur concluyeron con éxito el 30 de marzo de 2021. Ambas evaluaciones de adecuación forman parte de un paquete de políticas más amplio que consiste principalmente en un acuerdo de libre comercio.

¹³¹ Corte Suprema, Oficina Federal de Investigaciones *c. Fazaga*, 595 Estados Unidos (2022).

¹³² En este tema importante es la obra de FAHEY, Elaine, *EU as global digital actor*, Hart, 2022.

¹³³ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 24 de febrero de 2022, «SS» SIA/Valsts ierņēmumu dienests, asunto C-175/20, ECLI: ECLI:EU:C:2022:124

¹³⁴ Conclusiones del Abogado General Sr. P. Pitruzzella, presentadas el 20 de enero de 2022, asuntos acumulados C37/20 y C601/20 WM (C37/20) Sovim SA (C601/20) contra Registros Mercantiles de Luxemburgo: “¿Cuál es el equilibrio adecuado entre, por un lado, la necesidad de transparencia con respecto a los titulares reales y las estructuras de control corporativo, que desempeña un papel clave en la prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo? y, por otro lado, el respeto de los derechos fundamentales de los interesados, es decir, los titulares reales, y, en particular, sus derechos al respeto de la vida privada y a la protección de los datos personales”.

¹³⁵ E. FAHEY, “Does the EU’s Digital Sovereignty Promote Localisation in Its Model Digital Trade Clauses?”, *European Papers*, Vol. 8, 2023, No 2, p. 511.

VI. El diálogo judicial, clave de la afirmación del modelo europeo

75. Sin la protección de los derechos fundamentales, la defensa contra los ciberataques y la libertad de la que disfrutamos se convertiría en una libertad mutilada o asistida, distorsionada bajo la dirección de algoritmos biométricos que incluso condicionan nuestra sensibilidad y determinan nuestro comportamiento. Esto significa que la seguridad y el orden digital deben ir de la mano de una *gobernanza* que establezca una serie de derechos fundamentales que garanticen, parafraseando a Habermas, que el reto tecnológico no solo se responda con tecnología, sino también, y, sobre todo, con derechos digitales¹³⁶. Se trata de una nueva soberanía, si así queremos definirla, asentada en los derechos fundamentales del ciudadano. A la necesidad urgente de seguridad ni siquiera se responde con los conceptos ya obsoletos de soberanía excluyente o incluso violenta, sino con una *gobernanza* abierta a asimilar los valores de los demás¹³⁷. La creación del sistema basado en los valores no sólo depende de la aclaración y defensa de los marcos conceptuales existentes, sino también de la creación de espacios seguros para el diálogo sustantivo a fin de establecer un consenso internacional más amplio, así como el compromiso con una protección alta y efectiva de los derechos humanos, que están garantizados internacionalmente independientemente del privilegio o estatus individual¹³⁸.

76. La “infoesfera” es un Jano de dos caras. Sin duda, nos otorga una mayor libertad, pero al mismo tiempo nos expone a una vigilancia cada vez mayor, que nos afecta¹³⁹. La respuesta del Tribunal de Justicia en la sentencia *Quadrature* es clara: los Estados miembros no pueden renunciar a sus obligaciones en materia de derechos fundamentales en virtud del Derecho de la UE externalizando la retención de datos a operadores del sector privado, obligándoles a transmitir datos a los servicios de seguridad e inteligencia con una simple referencia a la exención de la seguridad nacional.

77. Si bien el ciberespacio y los flujos de datos pueden, en cierto sentido, “escapar de la geografía”¹⁴⁰, es evidente que también están profundamente entrelazados con ella¹⁴¹. A través de un análisis comparativo de las regulaciones de transferencia de datos en tres jurisdicciones, a saber, China, la UE y los Estados Unidos, es evidente que existe una doble lógica con respecto a los datos y la territorialidad en cada uno de los enfoques regulatorios. Al mismo tiempo, se está intentando reterritorializar los datos, ubicándolos donde se encuentran la infraestructura, los interesados o los procesadores de datos. La diferencia conceptual radica en la función y las modalidades de esta retención de datos, a saber, si está dictada por una aspiración soberanista excluyente tradicional, o por la protección de los derechos fundamentales, que, sin embargo, no pueden y no deben interpretarse unilateralmente. Los valores de la Unión Europea, consagrados en el art. 2 TUE, debe interpretarse dialógicamente tanto a través del diálogo continuo con referentes judiciales nacionales, como fuera del territorio europeo, asimilando cualquier valor de los demás.

78. Se ha creado un nuevo espacio difícil de definir según los referentes tradicionales de lo público y privado y ni siquiera según las claras líneas geopolíticas tradicionales. En definitiva, las gigantescas nuevas recopilaciones de información aumentan la vulnerabilidad social, no sólo en la dirección que se suele destacar, la de ser concebidas como herramientas de control de las personas. Una nueva fase del constitucionalismo europeo (digital) se está interponiendo como un escudo contra el ejercicio discrecional del poder por parte de las plataformas en línea en el entorno digital¹⁴². Como señala Suzor a propósito de esos nuevos monstruos bíblicos que hemos llamado *Cyberlevitans*, “*digital constitutiona-*

¹³⁶ J. HABERMAS, *Technology and Science as 'Ideology*, trad. Jeremy J. Shapiro, Beacon Press, Boston, 1970.

¹³⁷ Cfr. L. FLORIDI, “The Fight for Digital Sovereignty: What It Is, and Why It Matters, Especially for the EU”, *Philosophy & Technology*, 33(3), 2021, pp. 369–378.

¹³⁸ O.J. GSTREIN, A. ZWITTER, *op. cit.*, p. 24.

¹³⁹ H. BYUNG-CHUL, *Las no-cosas. Quiebras del mundo de hoy*, Taurus, 2021, p. 65.

¹⁴⁰ J. GOLDSMITH Y T. WU, *Who Controls The Internet?: Illusions Of A Borderless World*, 2006, p. vii.

¹⁴¹ E.J. COHEN, “Cyberspace As/And Space”, 107 *Colum. L. Rev.*, 2007, pp. 212–213.

¹⁴² H. ROBERTS, J. COWLS, F. CASOLARI, J. MORLEY, M. TADDEO Y L. FLORIDI, “Safeguarding European values with digital sovereignty: an analysis of statements and policies”, *Internet Policy Review*, 10, 2021, p. 3.

*lism requires us to develop new ways of limiting abuses of power in a complex system that includes many different governments, businesses, and civil society organizations*¹⁴³. En otras palabras, el constitucionalismo digital consiste en la articulación, principalmente de valores, de los límites al ejercicio del poder en una sociedad en red¹⁴⁴. “*The logic behind the idea of digital sovereignty in the EU lies in the need to preserve the European ‘DNA’ of values and rights*”¹⁴⁵. La UE no solo ha promovido un impacto en el desarrollo de normas de protección de datos a nivel mundial, sino que también ha “*taken an essential role in shaping how the world thinks about data privacy*”¹⁴⁶.

79. El implacable proceso legislativo comenzó con la primera ley regional de protección de datos en Alemania en 1970 y continúa desde entonces en muchos niveles políticos e institucionales diferentes¹⁴⁷. La heterogeneidad normativa de la protección de datos ha sido durante mucho tiempo un estímulo para la armonización legislativa dentro de la Unión, del mismo modo que la adecuación de los sistemas jurídicos extranjeros en relación con el parámetro regulador europeo debe representar un incentivo similar para el diálogo transnacional¹⁴⁸.

80. Por tanto, a las principales preguntas que surgen en el estudio de los ciberataques y la ciberseguridad debe responderse de manera compleja y axiológica, subrayando que la ciberseguridad se refiere tanto a los bienes públicos como a la propiedad privada y que los organismos designados para su protección deben someterse al escrutinio de normas constitucionalmente relevantes y consensuadas, si no quieren convertirse ellos mismos en auténticos ciberleviatanes. La distancia conceptual entre la visión americana y europea está contenida en la comparación entre la mencionada saga Schrems, y la pronunciación *FBI vs. Fazaga*¹⁴⁹. El perfil de mayor distancia se encuentra precisamente en el aspecto axiológico de la protección de la identidad digital en el Derecho de la Unión, donde asume una dimensión existencial e identitaria, asociada al art. 2 TEU. La Unión vincula su propia existencia a la protección dialógica de la identidad digital, apartándose así tanto de la visión estadounidense, china y rusa, como del grado de identidad de la misma protección de la jurisprudencia del tribunal de Estrasburgo. “*Though both European courts are in principle in alignment, their interaction is much more complex, and it is hoped that the seemingly more lenient approach of the ECtHR will not lead to further downgrading of the standards of protection as elaborated by the CJEU*”¹⁵⁰.

81. Por su parte, la Unión Europea debe evitar absolutamente el riesgo de degeneración en una forma de soberanismo o nacionalismo. Preservar la propia identidad es absolutamente necesario hoy en día, pero los genes de la Unión no tienen que transformarse en la identidad excluyente, ya que consisten precisamente en su aspecto relacional. Aunque Europa vio nacer a los primeros Leviatanes hace siglos, debe preservar su identidad axiológica dialogando, tanto en la esfera pública como en el foro privado, tanto *ad extra* como *ad intra*. Este es un factor existencial, yo diría antropológico. La experiencia que vivimos en el siglo XXI está subliminalmente ligada a la participación de los que están vigilados. No solo ser observado, sino también observar se ha convertido en una forma de vida. Mientras que en la visión panóptica los personajes de Orwell vivían atrapados por una incertidumbre aterradora sobre cuándo y por

¹⁴³ N. SUZOR, *Lawless: The Secret Rules that Govern our Digital Lives*, London, 2019, p. 173.

¹⁴⁴ G. DE GREGORIO, “The rise of digital constitutionalism in the European Union”, *Int. Const. Law Review* Vol. 19 No. 1, 2021, pp. 41–70.

¹⁴⁵ E. CELESTE, “Digital Sovereignty in the EU: Challenges and Future Perspectives”, en F. FABBRINI, E. CELESTE, J. QUINN (eds.), *Data Protection beyond Borders: Transatlantic Perspectives on Extraterritoriality and Sovereignty*, cit., p. 234. Apoya su tesis R. VATANPARAST, “Data Governance and the Elasticity of Sovereignty”, *Brooklyn Journal of International Law*, 2020, p. 23: “*The EU justifies the GDPRs extraterritoriality by its fundamental rights obligations*”.

¹⁴⁶ P. SCHWARTZ, “*Global Data Privacy: The EU Way*”, *NYU Law Review*, 2019, p. 773. Cfr. L. BYGRAVE, *Data Privacy Law: An International Perspective*, Oxford, 2014, pp. 108–109.

¹⁴⁷ G. GONZÁLEZ FUSTER, “The Right to the Protection of Personal Data and EU Law”, en G. GONZÁLEZ FUSTER (ed.), *The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU*, 2014, London, pp. 213–248.

¹⁴⁸ Cfr. O. LYNSKEY, “The ‘Europeanisation’ of Data Protection Law”, *Cambridge Yearbook of European Law Studies* 252, 2017, p. 19.

¹⁴⁹ Corte Suprema, Oficina Federal de Investigaciones *c. Fazaga*, 595 Estados Unidos ____ (2022)

¹⁵⁰ En *V. MITSILEGAS, E. GUILD, E. KUSKONMAZ, N. VAVOULA, op. cit.*, p. 36.

qué estaban siendo observados, la vigilancia de hoy es posible gracias a los clics en nuestro sitio web, mensajes de texto e intercambios de fotos. En la época de *las no-cosas*, en el que el cuerpo se da por sentado y un algoritmo predice nuestros gustos y movimientos, se hace cada vez más difícil encontrarse y estar de acuerdo con el Otro. “La vigilancia se está infiltrando cada vez más en la vida cotidiana, en forma de conveniencia. En el acto de llevar a cabo tantas tareas para nosotros, los infómatas demuestran ser informantes muy eficientes que nos monitorean e influyen. Así, guiado por algoritmos, el ser humano pierde cada vez más su poder de actuar, su autonomía. [...] Acumulamos amigos y seguidores sin conocer nunca al Otro”¹⁵¹.

82. La presencia del Otro es constitutiva de la acción comunicativa en el sentido esbozado por Habermas. Pero la acción comunicativa presupone un movimiento de ida y vuelta con respecto al Otro. La desaparición del Otro significa la eliminación del discurso. Según Eli Parisier, la personalización algorítmica de la red, la burbuja filtrante del Ego que escucha y lee solo opiniones similares a las suyas, aniquila el espacio público¹⁵². La creciente atomización y narcisificación de la sociedad nos hace sordos a la voz del Otro y conduce a la pérdida de empatía. La infocracia termina sustituyendo el discurso por la creencia y la adhesión tribal, convirtiendo la identidad excluyente en un escudo o fortaleza que rechaza la alteridad. La tribalización progresista, de la que los partidos populistas o excluyentes son un ejemplo, pone en peligro la democracia. Conduce a una cómoda dictadura tribal de opinión e identidad, desprovista de toda racionalidad comunicativa. La sociedad algorítmica se está descomponiendo en identidades atomizadas irreconciliables sin alteridad. Si no intervenimos profundamente en la arena constitucional, en lugar de un discurso público, tendremos una guerra continua de identidades. Escuchar es un acto político en la medida en que integra a las personas en una comunidad y las hace capaces de establecer un discurso y una narrativa del Nosotros relacional. “*Within Western societies, the hyper-liberal goal is to enable human beings to define their own identities. From one point of view this is the logical endpoint of individualism: each human being is sovereign in deciding who or what they want to be. From another, it is the project of forging new collectives, and the prelude to a state of chronic warfare among the identities they embody. Human beings can never be wholly self-defined. If their identity is to be more than a private fantasy, they must somehow induce others to accept it. Hyper-liberals aim to achieve this by capturing institutions that divide people into distinct categories, which then become competing groups. The stakes are not only the selves that are chosen but the positions in society that go with them*”¹⁵³.

83. El neofascismo y el tribalismo posmoderno surgen de esta estrechez de miras¹⁵⁴. La solución propuesta por el espacio jurídico común europeo a la invasividad de las redes de vigilancia y al panopticon chino toma la forma de tela de araña, cuyos nodos y filamentos se construyen sólidamente solo a través de la relación con el Otro¹⁵⁵.

¹⁵¹ H. BYUNG-CHUL, *op. cit.*, p. 70.

¹⁵² E. PARISIER, *El filtro burbuja. Cómo la web decide lo que leemos y lo que pensamos*, Taurus, 2013.

¹⁵³ J. GRAY, *op. cit.*, pp. 109-110.

¹⁵⁴ E. DÍAZ ÁLVAREZ, *La palabra que aparece. El testimonio como acto de supervivencia*, 2021, Barcelona, p. 56.

¹⁵⁵ “La vita degli abitanti d’Ottavia è meno incerta che in altre città. Sanno che più di tanto la rete non regge”, así I. CALVINO, *Le città invisibili*, Milano, 2016, p. 54.

Inmuebles virtuales y perspectivas innovadoras de resolución de conflictos en el metaverso

Virtual real estate and innovative conflict resolution perspectives in the metaverse

ANA MERCEDES LÓPEZ RODRÍGUEZ

*Profesora titular de Derecho Internacional Privado
Universidad Loyola Andalucía*

Recibido:09.01.2024 / Aceptado:22.01.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8426

Resumen: Con inversiones cercanas a los 2 mil millones de dólares en inmuebles virtuales, se observa una creciente competencia entre particulares y empresas por estar presentes en el metaverso. A medida que particulares, negocios y entidades se involucran e invierten en plataformas como *Decentraland*, *The Sandbox*, *The Otherside*, *Axie Infinity* y *Voxels*, el concepto de propiedad virtual adquiere importancia económica, reflejando la misma dinámica de los mercados inmobiliarios tradicionales. Si tenemos en cuenta que los conflictos del mundo real tienden a replicarse en el metaverso, podemos anticipar una gran variedad de litigios relacionados con la propiedad y derechos reales sobre inmuebles virtuales, así como controversias derivadas de contratos de compraventa o arrendamiento de estos bienes. Sin embargo, no existe un marco normativo claro ni los métodos tradicionales de resolución de conflictos parecen estar alineados con las complejidades que presentan los entornos virtuales. Esto último es fundamental para garantizar la seguridad jurídica de las inversiones. En este contexto, el presente artículo examina la adaptabilidad de la normativa internacional iusprivatista a las peculiaridades de los inmuebles virtuales, a la vez que explora mecanismos innovadores de resolución de controversias, como el denominado *Blockchain Dispute Resolution* (BDR), que busca desempeñar un papel importante en la era del metaverso.

Palabras clave: *Blockchain*, *smart contracts*, Metaverso, inmuebles virtuales, propiedad virtual, competencia judicial internacional, ley aplicable, Derecho internacional privado, Convención de Nueva York de 1958, *Blockchain Dispute Resolution* (BDR).

Abstract: With investments nearing 2 billion dollars in virtual real estate, there is growing competition among individuals and companies to be present in the metaverse. As individuals, businesses, and entities increasingly engage and invest in platforms such as *Decentraland*, *The Sandbox*, *The Otherside*, *Axie Infinity*, and *Voxels*, the concept of virtual property gains economic significance, reflecting the dynamics of traditional real estate markets. Considering that real-world conflicts tend to replicate in the metaverse, a variety of disputes related to virtual property and real rights over virtual real estate, as well as controversies arising from purchase or lease contracts of these assets, can be anticipated. However, there is no clear regulatory framework, and traditional conflict resolution methods do not seem aligned with the complexities presented by virtual environments. The latter is crucial to ensure legal certainty for investments. In this context, this article examines the adaptability of international private law regulations to the peculiarities of virtual real estate while exploring innovative dispute resolution mechanisms, such as *Blockchain Dispute Resolution* (BDR), which aims to play a significant role in the era of the metaverse.

Keywords: *Blockchain*, *smart contracts*, Metaverse, virtual real estate, virtual property, international jurisdiction, applicable law, private international law, 1958 New York Convention, *Blockchain Dispute Resolution* (BDR).

Sumario: I. Introducción. II. La tecnología DLT y la propiedad virtual en el Metaverso. III. Litigios relacionados con inmuebles virtuales y Derecho internacional privado. 1. Caracterización como bienes inmuebles. A) Litigios patrimoniales y arrendamientos de inmuebles. B) Litigios contractuales. 2. Caracterización como bienes muebles intangibles. A) Litigios patrimoniales. B) Litigios contractuales. 3. Caracterización como contratos de licencia. IV. El *Blockchain Dispute Resolution* (BDR). V. BDR: legitimidad y derecho a un proceso con todas las garantías. VI. Reconocimiento y ejecución offchain de decisiones BDR. VII. Búsqueda de activos y ejecución en el metaverso de decisiones judiciales y laudos arbitrales sobre inmuebles virtuales. VIII. Conclusiones.

I. Introducción

1. En el actual contexto de innovación digital, la tecnología *blockchain* y su tecnología de registro distribuido (*Distributed Ledger Technology*, DLT por sus siglas en inglés) han revolucionado la conceptualización y autenticación de la propiedad virtual. En este sentido, los Tokens No Fungibles (NFTs) han surgido como una aplicación innovadora de la *blockchain*, transformando la propiedad y el comercio de activos digitales. La sinergia entre la *blockchain*/DLT y los NFTs ha allanado el camino para el desarrollo de una infraestructura sólida que respalda la creación, autenticación e integridad transaccional de la propiedad virtual, incluyendo los bienes inmuebles virtuales.¹

2. Al mismo tiempo que lo anterior, el metaverso, un espacio virtual que combina la realidad física y los entornos digitales, ha emergido rápidamente como un elemento transformador donde la noción de propiedad se ha expandido más allá del ámbito físico.² Dentro de esta esfera digital, la aparición de la propiedad virtual ha captado considerable atención, representando un cambio de paradigma en la percepción y propiedad de activos. Cada vez más inversores están dispuestos a pagar cantidades considerables de dinero por la adquisición de inmuebles dentro del ámbito virtual, lo que refleja el interés creciente de particulares y empresas por tener presencia en el metaverso.³ A medida que particulares, negocios y entidades se involucran e invierten cada vez más en el metaverso, el concepto de propiedad virtual adquiere importancia económica, llegando a reflejar la misma dinámica del mercado inmobiliario real.⁴

3. Los mecanismos tradicionales de resolución de conflictos se enfrentan a importantes desafíos para abordar de forma efectiva las complejidades de los litigios que pueden surgir en estos entornos digitales. Las características propias del metaverso suponen un reto para aquellas normas de Derecho internacional privado que utilizan ubicaciones geográficas como punto de conexión. Asimismo, la naturaleza intangible y deslocalizada de estas estructuras parece estar fuera del ámbito de la regulación estatal y de la intervención de jueces y tribunales.⁵ El presente trabajo tiene como objetivo examinar si la normativa internacional privatista aplicable y los métodos tradicionales de resolución de conflictos son susceptibles de adaptarse a las complejidades asociadas al metaverso y a los inmuebles virtuales,

¹ B. HONG y D. ROUBAUD, "Non-Fungible Token: A Systematic Review and Research Agenda," *Journal of Risk and Financial Management*, vol. 15, núm. 5, 2022, pp. 1-9; H. F. HOKIANTO, "Non-Fungible Token (NFT): A Literature Review," *Journal of Blockchain, NFTs & Metaverse Technology*, vol. 1, núm. 1, 2019, pp.1-9; A. M. LÓPEZ RODRÍGUEZ, "Competencia judicial internacional en controversias relativas a tokens no fungibles (NFT)", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 74, núm. 2, 2022, pp. 299-321.

² M. DOLATA ET AL., "What is the Metaverse and Who Seeks to Define it? Mapping the Site of Social Construction," *Journal of Information Technology*, vol. 38, núm. 3, 2023, pp. 239-266.

³ "‘Boom’ inmobiliario en el metaverso: ya hay compraventa rentable de terrenos para casas y ciudades," BBVA, 31 de octubre de 2022, <https://www.bbva.com/es/innovacion/boom-inmobiliario-en-el-metaverso-ya-hay-compraventa-rentable-de-terrenos-para-casas-y-ciudades/> (consultado el 17 de enero de 2024).

⁴ "The Metaverse: Exploring The Wave Of Virtual Real Estate," FORBES, 10 junio 2022, <https://www.forbes.com/sites/forbesbusinesscouncil/2022/06/10/the-metaverse-exploring-the-wave-of-virtual-real-estate/> (consultado el 17 de enero de 2024).

⁵ A. BONOMI ET AL. (eds.), *Blockchain and Private International Law*, Brill, Nijhoff, 2023; R. RUIZ RODRIGUEZ, "Blockchain y Derecho Internacional privado", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 43, 2022, pp. 1-30; A. M. LÓPEZ RODRÍGUEZ, "Ley aplicable a los smart contracts y lex cryptography," *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, núm. 1, 2021, pp. 441-459.

abordando, simultáneamente, el estudio de enfoques innovadores y especializados de resolución de conflictos en entornos descentralizados, como el *Arbitraje Blockchain* (BDR).

Con dicho propósito, el apartado II analiza la intersección entre la Tecnología de Registro Distribuido y el concepto de propiedad virtual en el metaverso. El apartado III explora la problemática que presentan los inmuebles virtuales dentro del metaverso, desde el punto de vista jurídico y, particularmente, en lo que respecta al Derecho internacional privado. El apartado IV conceptualiza el *Arbitraje Blockchain* o *Blockchain Dispute Resolution* (BDR), mientras que el apartado V examina la legitimidad y el derecho a un proceso con todas las garantías en los mecanismos de justicia descentralizada. El apartado VI estudia el marco jurídico aplicable al reconocimiento y ejecución de laudos BDR, a la vez que el apartado VII se ocupa de la ejecución en el metaverso de decisiones sobre inmuebles virtuales. Finalmente, el apartado VIII concluye.

II. La tecnología DLT y la propiedad virtual en el Metaverso

4. La tecnología *blockchain* o Tecnología de Registro Distribuido (DLT) es una innovación computacional disruptiva⁶ que fue creada bajo el seudónimo de Satoshi Nakamoto en 2009 como protocolo para la criptomoneda Bitcoin.⁷ Una aplicación significativa de la DLT son los llamados *smart contracts* o contratos inteligentes, programas almacenados en una cadena de bloques que se ejecutan cuando se cumplen condiciones predeterminadas, sin necesidad de la voluntad de la otra parte o de un tercero.⁸ No todos los contratos inteligentes son contratos jurídicamente vinculantes,⁹ pero comparten características comunes como las de ser autoejecutables e inmutables.¹⁰

5. La tecnología DLT está destinadas a desempeñar un papel clave en el denominado metaverso, un entorno digital que opera en la cadena de bloques, donde la realidad virtual y la realidad aumentada ofrecen oportunidades comerciales y de interacción social ilimitadas.¹¹ El término *Metaverso* fue acuñado y utilizado por primera vez en el libro de ciencia ficción *Snow Crash* de Neal Stephenson, publicado en 1992.¹² A pesar de su popularidad, sobre todo, en círculos relacionados con la ciencia ficción y los videojuegos, no hay una definición única y de consenso sobre el metaverso.¹³ A menudo denominado como *Web 3.0*, el término metaverso parece abarcar una amalgama de tecnologías como IoT (internet de las cosas), AR (realidad aumentada), VR (realidad virtual), XR (realidad extendida) y 3D.¹⁴ Bibri y Allam han definido el metaverso como una red conceptual 3D de dominios virtuales, concebida por sus desarrolladores como un ciberespacio duradero, simultáneo, trascendente e inmersivo, donde los

⁶ D. TAPSCOTT Y A. TAPSCOTT, *Blockchain Revolution: How the Technology Behind Bitcoin is Changing Money, Business, and the World*, Portfolio/Penguin, 2016.

⁷ S. NAKAMOTO, "Bitcoin Open Source Implementation of P2P Currency," P2P Foundation (11 de febrero de 2009, 10:27), <https://p2pfoundation.ning.com/forum/topics/bitcoin-open-source> (consultado el 17 de enero de 2024).

⁸ M. RASKIN, "The Law and Legality of Smart Contracts," *Georgetown Law Technology Review*, vol. 1, 2017, pp. 305-341.

⁹ A. SAVELYEV, "Contract Law 2.0: 'Smart' Contracts as the Beginning of the End of Classic Contract Law," *Information & Communications Technology Law*, vol. 26, 2017, pp. 116-134.

¹⁰ B. CARRON Y V. BOTTERON, "How smart can a contract be?" en D. KRAUS, T. OBRIST Y O. HARI (eds.), *Blockchains, Smart Contracts, Decentralised Autonomous Organisations and the Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2019, pp. 101, 106.

¹¹ M. F. N. AMIRULLOH ET AL., "Know More Metaverse as The Technology of The Future," *International Journal of Research and Applied Technology*, vol. 2, núm. 1, 2022, pp. 174-177; S. E. BIBRI Y A. ZAHEER, "The Metaverse as a Virtual Form of Data-Driven Smart Urbanism: On Post-Pandemic Governance through the Prism of the Logic of Surveillance Capitalism," *Smart Cities*, vol. 5, núm. 2, 2022, pp.715-727; S. MYSTAKIDIS, "Metaverse", *Encyclopedia* (Basel, Switzerland), vol. 2, núm. 1, 2022, pp. 486-497.

¹² N. STEPHENSON, *Snow Crash*, Nueva York, Bantam Books, 1992.

¹³ Tal como se indica en la Comunicación de la Comisión Europea de 11 de julio de 2023, Iniciativa de la UE sobre la web 4.0 y los mundos virtuales: en la vanguardia hacia la próxima transición tecnológica, COM(2023) 442 final, y en la Resolución del Parlamento Europeo de 17 de enero de 2024 sobre los mundos virtuales: oportunidades, riesgos y repercusiones estratégicas para el mercado único, P9_TA(2024)0032.

¹⁴ P. SINGH Y D. K. RAJPUT, "Metaverse: Surging Need for Competent Laws with Increasing Metaverse Crimes," *International Journal of Law Management and Humanities*, vol. 5, 2022, pp. 712 - 724.

individuos interactúan con elementos compartidos y establecen una conexión profunda con sus vidas reales, figuras físicas y facultades mentales usando avatares que representan diversas identidades y personalidades.¹⁵ Por su parte, Mourtzis et al., entienden el metaverso o el universo post-realidad como “un entorno multiusuario perpetuo y persistente que combina la realidad física y la virtualidad digital. Se basa en la convergencia de tecnologías, como XR (Realidad Virtual (VR), Realidad Mixta (MR) y Realidad Aumentada (AR)), *Digital Twin* y *Blockchain*, que permiten interacciones multisensoriales con objetos digitales, entornos virtuales y personas.”¹⁶ No existe un solo metaverso, sino distintas plataformas que reúnen algunas de las características anteriormente mencionadas. Además, podemos distinguir entre metaversos centralizados y descentralizados, dependiendo de la estructura de gobernanza y control de estas plataformas.¹⁷ En metaversos centralizados como *Meta Horizons*, una entidad o empresa central tiene el control y la autoridad sobre las operaciones y decisiones clave. Esta entidad suele gestionar la infraestructura, las reglas y las características del metaverso. Por el contrario, en metaversos descentralizados como *Decentraland*, la toma de decisiones y el control no se centralizan en una única entidad, sino que se distribuye entre los participantes de la red. De esta forma, los metaversos descentralizados aprovechan la tecnología *blockchain* para descentralizar la propiedad de activos virtuales, las transacciones y las decisiones de gobernanza.¹⁸

6. Se estima que el 30% de las grandes empresas globales estarán presentes en el metaverso antes de 2026. En este sentido, un informe de realizado por *BrandEssence* pronostica que el mercado inmobiliario del metaverso experimentará un crecimiento anual del 31% en el período comprendido entre 2022 y 2028.¹⁹ La actividad se centra, principalmente, en cuatro plataformas: *Decentraland*, *Sandbox*, *Cryptovoxels* y *Somnium Space*. Marcas como *Chanel*, *Jimmy Choo*, *Nike* o *Adidas* ya están tratando de encontrar una forma de establecer una presencia y una estrategia en el metaverso.²⁰ Si bien la interacción con programas, sitios web y plataformas digitales no será completamente reemplazada por el metaverso, industrias que abarcan no solo la moda, sino la banca, la ingeniería, el marketing, las comunicaciones, los medios o el comercio minorista se verán significativamente influenciadas por esta tecnología.²¹

7. En estos mundos virtuales basados en *blockchain*, avatares, fincas, edificios, nombres, etc., pueden comprarse y venderse como Tokens No Fungibles (NFTs). Los NFTs son certificados de propiedad incorporados a un *smart contract* y almacenados en una cadena de bloques, con el respaldo, por tanto, de la tecnología *blockchain* (por ejemplo, *Ethereum*).²² Están típicamente asociados a un activo digital, como obras visuales, videos, música o artículos coleccionables. Los NFT posibilitan la participación como miembros virtuales en una diversidad de experiencias exclusivas, tanto en el metaverso como en el ámbito físico, mejorando de esta manera la precepción individual y colectiva del producto.²³

¹⁵ S. E. BIBRI y A. ZAHEER, *op.cit.*

¹⁶ D. MOURTZIS ET AL., “Human centric platforms for personalized value creation in metaverse”. *Journal of Manufacturing Systems*, vol. 65, 2022, pp. 653-669.

¹⁷ M. F. N. AMIRULLOH ET AL., *op.cit.*

¹⁸ T. HUYNH-THE ET AL. “Blockchain for the Metaverse: A Review,” *Future Generation Computer Systems*, vol. 143, 2023, pp. 401-419.

¹⁹ Metaverse Real Estate Market Size, Share & Trends Analysis Report By Component (Hardware, Software), By End-User (Commercial, Residential) Based On Region, And Segment Forecasts, 2022 – 2028, [disponible en línea] <https://brandessenceresearch.com/technology-and-media/metaverse-real-estate-market>.

²⁰ “15 Fashion Brands leveraging the Metaverse,” Sensorium Arc, Blog, 6 de octubre de 2022, <https://sensoriumarc.com/articles/fashion-brands-in-the-metaverse>

²¹ E. SUNG ET AL. “NFT Luxury Brand Marketing in the Metaverse: Leveraging Blockchain-Certified NFTs to Drive Consumer Behavior,” *Psychology & Marketing*, vol. 40, núm. 11, 2023, pp. 2306-2325; A. SESTINO ET AL., *Non-Fungible Tokens (NFTs): Examining the Impact on Consumers and Marketing Strategies*, 1a edición, Springer International Publishing AG, 2022; D. MOURTZIS ET AL., *op.cit.*

²² J. FAIRFIELD, “Tokenized: The Law of Non-Fungible Tokens and Unique Digital Property,” *Indiana Law Journal, Indiana Law Journal (Bloomington)*, vol. 97, núm. 4, 2022, pp. 1261-1313; A. M. LÓPEZ RODRÍGUEZ, “Competencia judicial internacional en controversias relativas a tokens no fungibles (NFT)”, *op.cit.*

²³ T. YILMAZ ET AL. “What Makes NFTs Valuable to Consumers? Perceived Value Drivers Associated with NFTs Liking, Purchasing, and Holding,” *Journal of Business Research*, vol. 165, 2023, pp. 114056-, <https://doi.org/10.1016/j.jbus->

A través de los NFT, por ejemplo, los usuarios pueden ser propietarios de terrenos y espacios en el metaverso. La cadena de bloques subyacente permite a los usuarios acreditar la propiedad del terreno en cuestión y construir un bien inmueble virtual si así lo desean. En este sentido, el término *propiedad virtual* va referido a aquellos activos intangibles, derechos o posesiones existentes en entornos digitales o virtuales, a menudo representados por datos, tokens u objetos digitales que tienen valor, y que pueden ser poseídos, transferidos o intercambiados dentro de plataformas en línea o espacios virtuales.²⁴ Dentro de la propiedad virtual se encuentran bienes *inmuebles virtuales*, que incluyen diversas formas de terrenos, propiedades o espacios que los usuarios pueden adquirir, poseer, desarrollar, intercambiar o utilizar dentro de los dominios digitales. Estas propiedades, aunque intangibles, pueden tener características, límites y atributos distintos, similares a los bienes raíces físicos y pueden incluir parcelas de tierra, edificios, activos o espacios dentro de paisajes digitales o entornos virtuales.²⁵

8. Ya se han invertido casi 2 mil millones de dólares en bienes inmuebles virtuales en los últimos años en plataformas como *Decentraland*, *The Sandbox*, *the Otherside*, *Axie Infinity* o *Voxels*. *Metaverse Group*, una subsidiaria de la empresa de inversión en criptomonedas *Tokens.com*, ha adquirido, por ejemplo, la parcela de tierra más costosa de *Decentraland*, ubicada en el distrito de *Fashion Street*, por \$2.4 millones.²⁶ El tamaño, la proximidad a lugares populares o si la propiedad está cerca de una vía de comunicación son factores que influyen en el valor del inmueble.²⁷ En consecuencia, es plausible que en algún momento la evolución de las transacciones con bienes raíces virtuales reflejen las dinámicas del mercado inmobiliario *offchain*. Dentro de este contexto, es indispensable proporcionar un marco normativo claro y mecanismos efectivos de resolución de conflictos para que las inversiones en el metaverso sean seguras.

III. Litigios relacionados con inmuebles virtuales y Derecho internacional privado

9. Se ha observado que los conflictos característicos del mundo real tienden a replicarse en el metaverso,²⁸ y ello incluye, por consiguiente, las controversias relacionadas con los bienes inmuebles. De esta forma, podemos anticipar posibles pleitos entre usuarios y plataformas virtuales, como, por ejemplo, expropiaciones o limitaciones de derechos sobre inmuebles virtuales sin justiprecio.²⁹ En este sentido, recordemos que, por ser la entidad expropiadora una plataforma privada, el propietario no podría invocar directamente la garantía constitucional del derecho a un valor o precio justo y equitativo para compensar a la parte afectada por la pérdida o transferencia de sus propiedades como, por ejemplo, recoge el art. 33(3) de la Constitución Española.³⁰ Asimismo, podemos prever la aparición de conflictos

res.2023.114056; R. HOFSTETTER ET AL. "Crypto-Marketing: How Non-Fungible Tokens (NFTs) Challenge Traditional Marketing," *Marketing Letters*, vol. 33, núm. 4, 2022, pp. 705–711, <https://doi.org/10.1007/s11002-022-09639-2>.

²⁴ J. FAIRFIELD, "Virtual Property," *Boston University Law Review*, vol. 85, núm. 4, 2005, pp. 1047–1102; J. DIBBELL, *Play Money: Or, How I Quit My Day Job And Made Millions Trading Virtual Loot*, Basic Books 2006); R. A. BARTLE, "Hearts, Clubs, Diamonds, Spades: Players Who Suit MUDs," *Journal of Virtual Environments*, vol. 1, núm. 1, 1996, [disponible en línea] <http://www.mud.co.uk/richard/hcds.htm>; R. A. BARTLE, *Designing Virtual Worlds*, New Riders Publishing, 2003; E. CASTRONOVA, *Synthetic Worlds: The Business and Culture of Online Games*, University of Chicago Press, 2005; P. LUDLOW, *Crypto Anarchy, Cyberstates, and Pirate Utopias*, MIT Press, 2001.

²⁵ D. HUNTER, *The Oxford Handbook of Virtuality*, Oxford University Press, 2014; A. HIKEN, "Why Brands Are Buying Land in the Metaverse; Marketers Are Eager to Explore the Profit Potential in Virtual Real Estate," *Advertising Age*, vol. 93, núm. 4, 2022.

²⁶ "Inside the real estate opportunity for brands in the metaverse", Glossy, 18 enero 2022, <https://www.glossy.co/fashion/inside-the-real-estate-opportunity-for-brands-in-the-metaverse>.

²⁷ "Most Expensive Land in the Metaverse," DappRadar, abril 2023, <https://dappradar.com/blog/most-expensive-land-in-the-metaverse>.

²⁸ P. SINGH Y D. K. RAJPUT, *op.cit.*: D. MOURTZIS ET AL, *op.cit.*

²⁹ R. B. KOONIN ET AL., "Real Estate in the Metaverse: A Few Risks to Know Before Investing," *National Law Review*, 29 de julio de 2022, <https://www.natlawreview.com/article/real-estate-metaverse-few-risks-to-know-investing>.

³⁰ De la misma forma, en los Estados Unidos, las salvaguardias constitucionales que protegen a los propietarios de bienes inmuebles no se extienden a los bienes virtuales. Mientras que la Quinta y Decimocuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos garantizan el derecho a un justiprecio en caso de expropiación para un uso público o de reducciones de la utilidad económica del bien, las entidades privadas, incluidos los operadores de plataformas, generalmente operan sin tales

relacionados con la propiedad u otros derechos reales sobre bienes inmuebles virtuales; litigios vinculados a derechos de terceros o controversias de usuarios entre sí surgidas de contratos de compraventa o de arrendamiento de bienes inmuebles virtuales, por mencionar algunos problemas potenciales.

10. Dentro del contexto de la UE, debemos prestar especial atención a la Directiva sobre contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, adoptada con el objetivo de facilitar las transacciones dentro del Mercado Único Digital y asegurar un alto nivel de protección para el consumidor.³¹ Sin embargo, es importante señalar que no todos los usuarios de las plataformas virtuales pueden ser considerados como consumidores, y que el Considerando 12 de la mencionada Directiva afirma explícitamente que “la naturaleza jurídica de los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales, y la cuestión de si tales contratos constituyen, por ejemplo, un contrato de compraventa, de servicios, de alquiler o un contrato atípico, debe dejarse a la determinación del Derecho nacional.” Por lo tanto, el estudio del marco normativo aplicable a las operaciones realizadas en plataformas virtuales no se entiende sin analizar en el Derecho nacional aplicable.³²

11. Los litigios sobre inmuebles virtuales que puedan originarse en el futuro estarán relacionados de alguna manera con la cadena de bloques, ya que la constitución, el registro o la transferencia de derechos sobre estos bienes se realiza a través de la tecnología DLT. A este respecto, conviene poner de relieve la falta de reconocimiento universal del registro descentralizado de la propiedad y la ausencia de normativa alguna que admita este tipo de inscripciones como medio de acreditación y oposición *erga omnes* del dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles. No olvidemos, además, que los distintos ordenamientos estatales suelen exigir una serie de requisitos formales y documentales para la inscripción de cualquier título sobre bienes inmuebles, como la constancia en documento público (como recoge, entre otros, el art. 1280 del Código Civil español).³³ El registro descentralizado de derechos sobre inmuebles virtuales origina, a su vez, preocupaciones relativas a la protección de datos y la privacidad, puesto que la información relacionada con una propiedad inscrita en la cadena de bloques puede, en teoría, ser accesible para cualquier persona que entre en la red.³⁴ De la misma forma, el uso de *smart contracts* en las transacciones con bienes inmuebles virtuales puede derivar en litigios sobre la interpretación y alcance de los términos del contrato – algunas veces redactados directamente en lenguaje computacional. Además, aunque la cadena de bloques ofrezca cierta seguridad frente posibles alteraciones fraudulentas, pueden existir fallos *ex initio* como inscripciones que contengan datos incorrectos o falsos y cuya subsanación es de extrema complejidad dada la naturaleza inmutable de la información contenida en la cadena de bloques.³⁵

limitaciones constitucionales. En consecuencia, los inmuebles virtuales carecen de protección constitucional y las plataformas pueden eliminar o bloquear permanentemente el acceso a dicha propiedad sin compensación. Los Términos de Uso de *Decentraland*, por ejemplo, limitan la responsabilidad de la plataforma a los pagos reales del usuario en los 12 meses anteriores o a un máximo de \$100 en caso de reclamaciones; *vid.* R. B. KOONIN ET AL., *op.cit.*

³¹ Directiva (UE) 770/2019, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, DOUE L 136 1; J. CRUZ ÁNGELES, “Las Obligaciones Jurídico-Comunitarias de las Grandes Plataformas Proveedoras de Servicios Digitales en la Era del Metaverso,” *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, núm. 2, 2022, pp. 294–318.

³² C.-G. GOANTA, “Selling LAND in Decentraland: The Regime of Non-fungible Tokens on the Ethereum Blockchain Under the Digital Content Directive,” en A. LEHAVI Y R. LEVINE-SCHNUR (eds.) *Disruptive Technology, Legal Innovation, and the Future of Real Estate*, Springer, 2020, pp. 139-154.

³³ L. M. MARTÍNEZ VELENCOSO ET AL. (eds.), *Transfer of Immovables in European Private Law*, Cambridge University Press, 2017.

³⁴ M. GRAGLIA Y C. MELLON, “Blockchain and Property In 2018. At the End of the Beginning,” *Innovations*, vol. 12, núm. 1–2, 2018, pp. 90–116, https://doi.org/10.1162/inov_a_00270; B. VERHEYE, “Land Registration in the Twenty-First Century: Blockchain Land Registers from a Civil Law Perspective,” en A. LEHAVI Y R. LEVINE-SCHNUR (eds.), *Disruptive Technology, Legal Innovation, and the Future of Real Estate*, Springer, 2020, pp. 123-135.

³⁵ J. SKLAROFF, “Smart Contracts and the Cost of Inflexibility,” *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 166, núm. 1, 2017, pp. 263–303; K. WERBACH, “Trust, but Verify: Why the Blockchain Needs the Law,” *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 33, núm. 2, 2018, pp. 487–550, M. RASKIN, *op.cit.*; J. LINGWALL Y R. MOGALLAPU, “Should Code Be Law? Smart Contracts, Blockchain, and Boilerplate,” *UMKC Law Review*, vol. 88, núm. 2, 2019, pp. 285-322.

12. En sus comienzos se creía que la cadena de bloques era un entorno sin conflictos, pero tal como se ha demostrado con el paso del tiempo, al haber participación humana, los conflictos son inevitables.³⁶ Asimismo, al tratarse de entornos descentralizados, estos litigios tienen conexiones transfronterizas mucho más amplias cualquier transacción que se lleve a cabo *off-chain*.³⁷ De ello se desprende que los mercados inmobiliarios virtuales se enfrentan a obstáculos considerables a la hora de garantizar la interoperabilidad entre varios sistemas de *blockchain* y la conformidad de las transacciones con la normativa aplicable en los diferentes ordenamientos.

13. Los litigios surgidos directamente en la cadena de bloques parecen poner en tela de juicio la efectividad de los mecanismos tradicionales de resolución de conflictos – tanto judiciales como alternativos,³⁸ lo que ha llevado a parte de la doctrina a sostener la necesidad de una gobernanza *blockchain* para este tipo de controversias.³⁹ Los más audaces afirman incluso que la tecnología *blockchain* propiciará la creación de nuevos marcos legales, o una *Lex Cryptographia*.⁴⁰

14. En el caso de surgir una controversia relativa a un derecho real sobre un bien inmueble virtual o el arrendamiento de un inmueble virtual, no está del todo claro sobre qué tribunales recaería la competencia judicial internacional o cuál sería la ley aplicable. A este respecto, se abren tres escenarios principales, dependiendo de la caracterización de los inmuebles virtuales como verdaderos bienes inmuebles, como bienes muebles intangibles, o como meros contratos de licencia.

1. Caracterización como bienes inmuebles

15. Autores como Fairfield⁴¹ propugnan que el régimen jurídico aplicable a la propiedad virtual ha de ser necesariamente distinto al régimen aplicable a la propiedad intelectual. El autor señala que gran parte de lo que llamamos virtual se ha creado tomando el mundo real como modelo. Por lo tanto, deberán aplicarse a este ámbito instrumentos de regulación similares. Dado que, en el mundo real, existen regímenes jurídicos de propiedad (por ejemplo, derechos de propiedad) y derechos de propiedad intelectual, el mismo esquema debería existir para los mundos virtuales. De esta manera, el régimen aplicable a la propiedad

³⁶ W. KAAL Y C. CALCATERRA, “Crypto Transaction Dispute Resolution,” *The Business Lawyer*, vol. 73, núm. 1, 2017, p. 109-152; O. RABINOVICH-EINY Y E. KATSCH, “Blockchain and the Inevitability of Disputes: The Role for Online Dispute Resolution,” *Journal of Dispute Resolution*, vol. 2019, núm. 2, 2019, pp. 25-72; N. JEVREMOVIĆ, *Blockchain, Smart Contracts and ADR* (marzo 2021), Verona Summer School, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3699422; C. KUMTEPE, “A Brief Introduction to Blockchain Dispute Resolution,” *John Marshall Law Journal*, vol. 14, núm. 2, 2021, pp. 138-144.

³⁷ F. GUILLAUME, “Aspects of private international law related to blockchain transactions,” en D. KRAUS, T. OBRIST Y O. HARI (eds.), *Blockchains, Smart Contracts, Decentralised Autonomous Organisations and the Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2019, pp. 49-82.

³⁸ O. TIAMIYU, “The Impending Battle for the Soul of ODR: Evolving Technologies and Ethical Factors Influencing the Field,” *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, vol. 23, 2022 [disponible en línea], https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3934543; F. GUILLAUME Y S. RIVA, “Blockchain Dispute Resolution for Decentralized Autonomous Organizations: The Rise of Decentralized Autonomous Justice,” en D. KRAUS, T. OBRIST Y O. HARI (eds.), *Blockchain and Private International Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2022, pp. 549-641.

³⁹ LINGWALL, *op.cit.*; F. GHODOOSI, “Contracting in the Age of Smart Contracts,” *Washington Law Review*, vol. 96, no. 1, 2021, pp. 51-92; Y. AOUIDEF, ET. AL., “Decentralized Justice: A Comparative Analysis of Blockchain Online Dispute Resolution Projects,” *Frontiers in Blockchain*, vol. 4, 2021, [disponible en línea], <https://doi.org/10.3389/fbloc.2021.564551>; F. AST Y B. DEFAINS, “When Online Dispute Resolution Meets Blockchain: The Birth of Decentralized Justice,” *4 Stanford Journal of Blockchain Law & Policy*, 2021, [disponible en línea], <https://stanford-jblp.pubpub.org/pub/birth-of-decentralized-justice/release/1>.

⁴⁰ R. KOULU, “Blockchains and Online Dispute Resolution: Smart Contracts as an Alternative to Enforcement,” *SCRIPT-Ed*, vol. 13, núm. 1, 2016, pp. 40-69; WERBACH, *op.cit.*; P. DE FILIPPI Y A. WRIGHT, *Blockchain and the Law: The Rule of Code*, Harvard University Press, 2018.; P. DE FILIPPI Y S. HASSAN, *Blockchain technology as a regulatory technology: From code is law to law is code*, *First Monday*, vol. 21, núm. 12, 2016, [disponible en línea], <https://doi.org/10.5210/fm.v21i12.7113>; P. ORTOLANI, “The Impact of Blockchain Technologies and Smart Contracts on Dispute Resolution: Arbitration and Court Litigation at the Crossroads,” *Revue de Droit Uniforme*, vol. 24, núm. 2, 2019, pp. 430-448; K. BECKER, “Blockchain Matters—Lex Cryptographia and the Displacement of Legal Symbolics and Imaginaries,” *Law and Critique*, vol. 33, núm. 2, 2022, pp. 113-130.

⁴¹ J. FAIRFIELD, “Property as the law of virtual things,” *Frontiers in Research Metrics and Analytics*, vol. 7, 2022, pp. 981964-981964, [disponible en línea] <https://doi.org/10.3389/frma.2022.981964>.

inmueble virtual será semejante al marco normativo aplicable a los bienes inmuebles. El desarrollador, por su parte, mantendría sus derechos de propiedad intelectual sobre el código del programa concreto.⁴²

Uno de los factores a favor de esta teoría partidaria de considerar los inmuebles virtuales como auténticos inmuebles es su inherente falta de portabilidad, estableciendo así una distinción crucial con otros activos digitales.⁴³ La situación de los inmuebles también emerge como una circunstancia determinante en este análisis. Contrariamente a la naturaleza efímera de ciertos elementos virtuales, los inmuebles digitales en el metaverso anclan su existencia a ubicaciones específicas, lo que a su vez conlleva implicaciones jurídicas y económicas significativas. Esta fijación geográfica establece la base para argumentar que, al igual que en el mundo físico, la posesión y propiedad de inmuebles virtuales están sujetas a consideraciones espaciales y geográficas. Resulta interesante observar cómo incluso comunidades indígenas han alzado su voz, reclamando participación en la distribución de tierras en el metaverso para prevenir la repetición de injusticias pasadas.⁴⁴ De la misma manera, la *ijara*, un tipo de arrendamiento arraigado en principios islámicos de la *Shariah*, está siendo objeto de estudio para su aplicabilidad en el ámbito virtual.⁴⁵

A. Litigios patrimoniales y arrendamientos de inmuebles virtuales

16. Si sujetamos los inmuebles virtuales al mismo marco jurídico de los bienes inmuebles, la competencia judicial sobre litigios patrimoniales y arrendamientos estarán normalmente sometidos al *Forum Rei Sitae*. En el Derecho norteamericano, por ejemplo, los conflictos sobre derechos reales, transferencia de bienes inmuebles o contratos de arrendamientos de inmuebles son competencia de la jurisdicción estatal. Cada estado tiene su propio sistema judicial, y los conflictos relacionados con asuntos inmobiliarios generalmente se dilucidan ante los tribunales estatales, en particular, ante los tribunales del Estado donde se halla sito el inmueble.⁴⁶ De la misma manera, en la Unión Europea, según lo establecido en el art. 24(1) del Reglamento de Bruselas I bis (en adelante, RB I-bis),⁴⁷ en procedimientos que tengan como objeto derechos reales inmobiliarios y contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, la competencia judicial recae sobre los tribunales del Estado Miembro donde se halle sito el inmueble. No obstante, en contratos de arrendamiento de bienes inmuebles celebrados para un uso particular durante un plazo máximo de seis meses consecutivos, serán igualmente competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde esté domiciliado el demandado, bajo ciertas condiciones. Por su parte, el artículo 24(3) del mencionado Reglamento, en materia de validez de las inscripciones en los registros públicos, remite a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que se encuentre el registro. En relación con estos litigios, los pactos de sumisión no están permitidos, tal como establece el art. 25(4) RB I-bis.

17. Centrándonos en el Reglamento Bruselas I bis, no está del todo claro que los inmuebles virtuales entren actualmente dentro de la noción autónoma de “bien inmueble”, entendido como “bien corporal cuyo destino natural es permanecer en un país.”⁴⁸ Pero, aun haciéndolo, también se suscita la duda de cuál

⁴² J. FAIRFIELD, “Virtual Property,” *op.cit.*

⁴³ R. BELK ET AL. “Money, Possessions, and Ownership in the Metaverse: NFTs, Cryptocurrencies, Web3 and Wild Markets,” *Journal of Business Research*, vol. 153, 2022, pp. 198–205, p. 199.

⁴⁴ B. BARBA ET AL., “Discussion Paper: First Nations’ Culture in the Metaverse,” 16 de marzo de 2022, [disponible en línea] <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4058777>.

⁴⁵ K. KATTERBAUER ET AL., “Islamic Finance in the Metaverse – A Meta-Finance framework for Supporting the Growth of Shariah-Compliant Finance Options in the Metaspace,” 2022, [disponible en línea] https://www.researchgate.net/publication/357958316_Islamic_finance_in_the_metaverse_-_a_metafinance_framework_for_supporting_the_growth_of_Shariah-Chocompliant_finance_options_in_the_metaspace.

⁴⁶ *Pennoyer v. Neff*, 95 U.S. 714 (1877); J. W. SINGER, *Property Law*, 7ª ed., Wolters Kluwer, 2018; A. J. CASNER ET AL., *American Law of Real Property*, Boston, Little, Brown & Co., 1952.

⁴⁷ Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DOUE L 351, de 20 de diciembre de 2012.

⁴⁸ Por interpretación, a contrario sensu, de la STJUE 10 febrero 2022, C-595/20, *ShareWood Switzerland*, ECLI:EU:C:2022:86, FD 28-29; A. L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (coordinadores), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 3593.

es la ubicación de una propiedad virtual, registrada en una plataforma descentralizada con nodos distribuidos en múltiples jurisdicciones. Si concluimos que no se encuentra localizada en un Estado Miembro de la Unión Europea o si resulta imposible determinar la situación del inmueble, podríamos plantear la aplicación del Reglamento haciendo referencia a las diversas teorías sobre litigios con inmuebles ubicados fuera de la UE.⁴⁹ Esto es, la teoría del efecto reflejo, que remitiría la determinación de la competencia judicial a las normas de producción interna; la teoría de la multilateralización del art. 24 RB I-bis, según la cual los tribunales de un Estado miembro deberían declararse incompetentes cuando la materia fuera objeto de competencia exclusiva de un “tercer Estado”; la teoría mixta, que distingue si la decisión resultante puede ser ejecutada en el territorio de los Estados miembros y deba o no deba ser ejecutada en el tercer Estado en cuestión o la teoría la teoría “anti-denegación de Justicia”, a tenor de la cual los tribunales de un Estado miembro deben conocer del asunto si concurre, según el Reglamento Bruselas I bis, algún foro de competencia judicial, como la sumisión o el domicilio del demandado en un Estado miembro.

18. De otro lado, en el caso de arrendamientos de corta duración, ¿cómo se determinaría el domicilio de un avatar o una parte cuya identidad es anónima? ¿Y cuál sería el lugar de localización de un registro que opera como DAO a efectos de aplicar el art. 24(4) RB I-bis? En este sentido, las DAOs (*Decentralised Autonomous Organisation*) son estructuras utilizadas por algunas plataformas virtuales como forma de gobernanza. Se trata de entidades organizativas que operan de manera descentralizada mediante contratos inteligentes (*smart contracts*) en una plataforma *blockchain*. Las DAOs son gestionadas por sus miembros a través de la toma de decisiones automatizada y transparente, sin necesidad de una estructura centralizada de autoridad.⁵⁰ En consecuencia, podemos inferir, que las conexiones previstas en los art. 24(1) y 24(4) RB I-bis para determinar la competencia judicial en litigios relacionados con derechos reales sobre inmuebles o arrendamientos de bienes inmuebles, como son el lugar en el Estado Miembro donde esté situado el inmueble, el domicilio del arrendatario o de la sede del registro ni contemplan ni están alineadas con las particularidades de los inmuebles virtuales.

19. La situación física en un país también suele utilizarse como conexión para determinar la ley aplicable en litigios relacionados con derechos reales sobre inmuebles.⁵¹ Efectivamente, una mayoría de ordenamientos recogen la regla *Lex Rei Sitae*,⁵² como también hace el art. 10.1 Código Civil español al prescribir que “La posesión, la propiedad y los demás derechos sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se regirán por la ley del país donde se hallen”. A este respecto, el concepto de derecho real debe definirse a partir de la ley española (artículo 12.1 CC).⁵³ Pero dada la naturaleza virtual y descentralizada de algunas de las plataformas donde se ubican los inmuebles virtuales, la conexión recogida en el art. 10 del Código Civil no puede aspirar a tener mucho recorrido.

Los arrendamientos y otras transacciones con estos bienes estarían sujetos a la ley prevista bajo el Reglamento Roma I,⁵⁴ tal como exponemos a continuación.

⁴⁹ A. L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op.cit.*, pp. 2618-2620.

⁵⁰ F. GUILLAUME Y S. RIVA, *op.cit.*; W. KAAL, *Decentralized Autonomous Organizations: Internal Governance and External Legal Design*, Now Publishers, 2021; D. KRAUS, T. OBRIST Y O. HARI (eds.), *Blockchains, Smart Contracts, Decentralised Autonomous Organisations and the Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2019.

⁵¹ C. S RUPP, “The lex rei sitae and Its Neighbours-Debates, Developments, and Delineating Boundaries Between PIL Rules,” *European Property Law Journal*, vol. 7, 2018, p. 267-292; J. W. SINGER, “Property Law Conflicts,” *Washburn Law Journal*, vol. 54, 2014, p. 129-160; J. Y. STERN, “Property Exclusivity, and Jurisdiction,” *Virginia Law Review*, vol. 100, 2014, p. 111-182; R. J., WEINTRAUB, *Commentary on the Conflict of Laws*, 6a ed., Foundation Press, 2010, pp. 573-627.

⁵² G. GARRIGA SUAU Y C. A. WHYTOCK, “Choice of Law for Immovable Property Issues: New Directions in The European Union and The United States,” *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 74, núm. 1, 2022, pp. 81–108; B. AKKERMANS Y E. RAMAEKERS, “Lex rei sitae in perspective: National Developments of a common rule?,” *Maastricht University Private Law Institute Working Paper* núm. 2012/14 1-26, 2012, 2-5; J. Y. Stern, *op.cit.*, p. 111; R.J. WEINTRAUB, *op.cit.*; M. HANCOCK, “Conceptual Devices for Avoiding the Land Taboo in Conflict of Laws: The Disadvantage of Disingenuousness,” *Stanford Law Review*, vol. 20, núm. 1, 1967, p. 1-40.

⁵³ A. L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op.cit.*, p. 3610; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Internacional Privado*, 4ª edición, Thomson Reuters, 2017, p. 424.

⁵⁴ Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), DOUE L 177 de 4 julio 2008, p. 6.

B. Litigios contractuales

20. Ante controversias originadas de transacciones con inmuebles virtuales, por ejemplo, una compraventa, deberíamos tener en cuenta, en primer lugar, la existencia de posibles pactos de sumisión. En caso de remitir dicho acuerdo a los tribunales de un Estado Miembro de la UE, sería necesario examinar su validez formal conforme al artículo 25 RB I-bis y su validez material de acuerdo con el derecho sustantivo del Estado mencionado.⁵⁵ Aquí cobrarían especial relevancia cuestiones como el reconocimiento de los contratos inteligentes como verdadera fuente de obligaciones contractuales por los tribunales elegidos, la dificultad de determinar si partes dieron su consentimiento inicial o la capacidad de un avatar anónimo o DAO (por ejemplo, según lo establecido en los artículos 1263 y 1264 del Código Civil español).⁵⁶

Los pactos de sumisión pueden ir insertos bien en un contrato subyacente, bien en el código del contrato inteligente que respalda la transferencia del inmueble o bien en las condiciones generales de la plataforma virtual correspondiente.⁵⁷ Estas plataformas desempeñan ciertamente un papel crucial al establecer las normas y condiciones que gobiernan las interacciones virtuales, principalmente, entre plataformas y usuarios. A modo de ejemplo, se muestran las condiciones de uso de diferentes plataformas:

Horizon World's Terms of Use: General. The use of, and any claim relating to the Sites and the materials contained herein is governed by the laws of the State of Washington. You consent to the exclusive jurisdiction of the state and federal courts located in King County, Washington. A printed version of these Terms are admissible in judicial and administrative proceedings based upon or relating to these Terms to the same extent and subject to the same conditions as other business documents and records originally generated and maintained in printed form.

VRChat TOS. 24. Governing Law: This TOS is governed by the laws of the State of California without regard to conflict of law principles that would result in the application of the laws of another jurisdiction. If a lawsuit or court proceeding is permitted under this TOS, then you and VRChat agree to submit to the personal and exclusive jurisdiction of the state courts and federal courts located within San Francisco, California for the purpose of litigating any dispute. We operate the Platform primarily from the United States, and we make no representation that Materials included in the Platform are appropriate or available for use in other locations.

Decentraland's Terms of Use. 18.1 Initial Dispute Resolution

The parties shall use their best efforts to engage directly to settle any dispute, claim, question, or disagreement and engage in good faith negotiations which shall be a condition to either party initiating a lawsuit or arbitration.

18.2 Binding Arbitration

If the parties do not reach an agreed upon solution within a period of 30 days from the time informal dispute resolution under the Initial Dispute Resolution provision begins, then either party may initiate binding arbitration as the sole means to resolve claims, subject to the terms set forth below. Specifically, any dispute that is not resolved under the Initial Dispute Resolution provision shall be finally settled under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce. The following shall apply in respect of such arbitration: (i) the number of arbitrators shall be three (one nominated by each party and one nominated by the ICC); (ii) the decision of the arbitrators will be binding and enforceable against the parties and a judgment upon any award rendered by the arbitrators may be entered in any court having jurisdiction thereto (provided that in no event will the arbitrator have the authority to make any award that provides for punitive or exemplary damages or to award damages excluded by these Terms or in excess of the limitations contained in these Terms); (iii) the seat, or legal place, of arbitration shall be the City of Panama, Panama; and (iv) the language to be used in the arbitral proceedings shall be English.

⁵⁵ A. L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op.cit.*, p. 2645.

⁵⁶ A. M. LÓPEZ RODRÍGUEZ, "Competencia judicial internacional en controversias relativas a tokens no fungibles (NFT)", *op.cit.*, p. 313.

⁵⁷ *Ibidem.*

21. Ninguna de las mencionadas condiciones de uso hace referencia a tribunales de un Estado Miembro de la Unión Europea, por lo que para determinar la validez de los referidos pactos de sumisión nos remitiríamos a lo establecido en las normas internacionales o de producción internas correspondientes.⁵⁸ En algunos casos también será necesario tener en cuenta la normativa protectora de determinados contratos de consumo (arts. 17-19 RB I-bis), siempre que una de las partes esté actuando para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad profesional y la transacción se encuentre comprendida dentro del supuesto recogido en el art. 17(1)(c) RB I-bis. La plataforma *Roblox* tiene en cuenta esta posibilidad y establece lo siguiente en la Sección 8 (b) de sus Términos de Uso (en español): “En la medida en que un acuerdo entre Roblox y el Usuario se considere un contrato de consumo en el sentido del Art. 17 del Reglamento UE 1215/2012, no se aplicará la elección de jurisdicción y sede, de conformidad con la Sección 12 de los Términos del usuario.”

22. Excluyendo los contratos de consumo y posibles pactos de sumisión conforme al art. 25 del Reglamento Bruselas I-bis, se aplicaría el art. 7(1) del mismo Reglamento cuando el demandado tenga su domicilio en un Estado Miembro. En esta situación, la competencia se establecería de manera alternativa ante el tribunal del domicilio del demandado (art. 4) o el lugar donde se haya cumplido o deba cumplirse la obligación que motiva la demanda, según lo indicado en los apartados (a) y (c) del art. 17 del Reglamento Bruselas I-bis. Si el demandado no tiene domicilio en un Estado Miembro, las normas de producción internas suelen remitir a los tribunales del lugar de ejecución, como lo establece el art. 22 quinquies a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial.⁵⁹ Sin embargo, determinar cuál es el lugar de ejecución en este tipo de transacciones es una tarea compleja, pues se desarrollan a través de contratos inteligentes ejecutados simultáneamente en todos los nodos de la cadena de bloques. En otras palabras, la obligación se sitúa en todas partes y en ninguna en particular.⁶⁰

23. A la hora de determinar la *lex causae*, nos enfrentaríamos a desafíos análogos a los descritos anteriormente respecto a la situación del inmueble. En efecto, a menos que las partes hayan acordado válidamente la ley aplicable, el art. 4(1)(c) del Reglamento Roma I⁶¹ remite a la ley del país donde esté ubicado el bien inmueble, cuando el contrato tenga por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble, a menos que el contrato tenga vínculos manifiestamente más estrechos con otro país diferente (artículo 4.5 del Convenio de Roma y artículo 4(3) del Reglamento Roma I). No obstante, aun esta cláusula de escape resultaría impracticable en algunas ocasiones, dada la naturaleza descentralizada de la cadena de bloques.⁶² Por último, aun en el caso de contratos celebrados con un consumidor, no sería aplicable el art. 6 RR I, puesto que este precepto excluye expresamente en su apartado 4(c), los “contratos que tengan por objeto un derecho real inmobiliario o contratos de arrendamiento de un bien inmueble.”

2. Caracterización como bienes muebles intangibles

24. Los bienes inmuebles suelen distinguirse por su falta de movilidad, su carácter permanente, su ubicación geográfica fija y su notable durabilidad.⁶³ O como se ha mencionado anteriormente, por ser bienes corporales cuyo destino natural es permanecer en un país. Siguiendo esta interpretación, se podría concluir que los inmuebles virtuales no son realmente bienes raíces sino, más bien, bienes muebles intangibles o criptoactivos.⁶⁴ Pensemos que, a falta de portabilidad, si una plataforma virtual cesa

⁵⁸ A. L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op.cit.*, p. 2668.

⁵⁹ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE de 2 de julio de 1985.

⁶⁰ F. GUILLAUME, “Aspects of private international law related to blockchain transactions,” *op.cit.*, p. 70.

⁶¹ Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), DOUE L 177 de 4 julio 2008, p. 6.

⁶² F. GUILLAUME, “Aspects of private international law related to blockchain transactions”, *op.cit.*, pp. 49-82.

⁶³ Núms. 1, 2, 3, y 8 del art. 334 del Código Civil; Á. M. LÓPEZ Y LÓPEZ, *Fundamentos de Derecho Civil*, Tirant lo Blanch, 2012, p. 254.

⁶⁴ De conformidad con el art. 3(1)(5) del Reglamento (UE) 2023/1114 un criptoactivo es “una representación digital de va-

sus actividades, el inmueble virtual desaparece como tal. Por ejemplo, *AltSpaceVR* cerró el 10 de marzo de 2023 para enfocarse en el desarrollo de *Microsoft Mesh*.⁶⁵ Así pues, estaríamos ante bienes muebles intangibles cuya propiedad está respaldada por un token no fungible (NFT). Cabe destacar, en este sentido, que los NFT no están sujetos a la normativa MiCa sobre mercados de criptoactivos, a menos que desempeñen la función de “llaves de acceso a servicios,” y lo mismo ocurre con las DAOs, estructura organizativa que adoptan algunas plataformas virtuales.⁶⁶

25. Según Gong,⁶⁷ la propiedad virtual se puede asemejar a la propiedad intelectual, no existiendo distinción alguna entre ambas categorías. Sin embargo, para Nekt⁶⁸ la naturaleza jurídica y el contenido de la propiedad virtual es similar a la de los bienes intangibles y, por tanto, ha de estar sujeta al régimen de los bienes muebles de esta naturaleza. En este contexto, es crucial diferenciar entre la propiedad virtual y la propiedad intelectual.⁶⁹ En efecto, cuando compramos un libro físico, la distinción entre la propiedad intelectual y la propiedad del bien está clara. Puedo revender el libro, pero no puedo alterar la obra o distribuirla sin permiso del titular del derecho de propiedad intelectual. Hasta la aparición de los NFTs no era posible vender o transferir una obra digital, pues por su propia naturaleza, pueden ser copiadas y replicadas infinitamente. Tras la irrupción de los NFT, cuando se adquiere una obra tokenizada, por ejemplo, un edificio virtual, no se está comprando la obra digital en sí. El comprador adquiere únicamente una colección de códigos o metadatos que están vinculados a la “versión auténtica” de la obra en cuestión. Estos metadatos son registrados en la cadena de bloques y contienen información sobre la ubicación del trabajo original y el propietario de esa instancia específica del trabajo. En consecuencia, la adquisición no implica los derechos de autor asociados a la obra digital, sino más bien el derecho general a poseer, vender, prestar o transferir el NFT en sí, según las condiciones particulares del mercado digital en el cual se realiza la transacción.⁷⁰ De la misma manera, cuando un activo virtual no resulta de un trabajo creativo, como es el caso del Bitcoin, no queda sujeto a ningún marco legal de propiedad intelectual.⁷¹

A. Litigios patrimoniales

26. Si consideramos los inmuebles virtuales como simples criptoactivos, y dejando al margen posibles pactos de sumisión en favor de los tribunales de un Estado Miembro conforme al art. 25 RB I-bis, la competencia para resolver litigios patrimoniales recaería en los tribunales del Estado miembro

lor o derechos que puede transferirse y almacenarse electrónicamente, mediante la tecnología de registro descentralizado o una tecnología similar.” J. CAMPUZANO GÓMEZ-ACEBO y J. SIEIRA GIL, “Tokenización de activos”, en M. BARRIO, *Criptoactivos: retos y desafíos normativos*, Madrid, Wolters Kluwer, 2021, pp. 196-199; R. RUIZ RODRÍGUEZ, “Las criptodivisas como medio de pago y el Derecho internacional privado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, nº2, octubre 2020, pp. 740-757, p. 755.

⁶⁵ “Microsoft cerrará AltSpaceVR el 10 de marzo para impulsar Mesh”, Europa Press, martes, 24 enero 2023, <https://www.europapress.es/portaltic/internet/noticia-microsoft-cerrara-altspacevr-10-marzo-impulsar-mesh-20230124100743.html>

⁶⁶ Reglamento (UE) 2023/1114 del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de mayo de 2023 relativo a los mercados de criptoactivos y por el que se modifican los Reglamentos (UE) no 1093/2010 y (UE) no 1095/2010 y las Directivas 2013/36/UE y (UE) 2019/1937, DOUE L 150, 9.6.2023, p. 40–205, Considerandos 10 y 22.

⁶⁷ J. GONG, “Defining and Addressing Virtual Property in International Treaties,” *Boston University Journal of Science and Technology Law*, vol. 17, núm. 1, 2011, pp. 101-137.

⁶⁸ K. NEKIT, “Legal Nature and Types of Digital Assets in the Activities of Technology-Oriented Startups.” *Juridical Tribune*, vol. 13, núm. 2, 2023, pp. 304–326, [disponible en línea] <https://doi.org/10.24818/TBJ/2023/13/2.08>.

⁶⁹ I. DAVYDOVA et al., “Legal nature and inheritance of virtual property in Ukraine and the world: current status, problems, prospects”, *Revista de Derecho*, vol. 10, núm. 2, 2021, pp. 1-26.

⁷⁰ A. M. LÓPEZ RODRÍGUEZ, “Competencia Judicial Internacional en Controversias Relativas a Tokens No Fungibles (NFT)”, *op.cit.*, p. 304.

⁷¹ Para una exposición más detallada, remitimos a estudios especializados sobre la protección y gestión de la propiedad intelectual en el metaverso, como, por ejemplo, A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ (dir.), *Protección y gestión de la propiedad intelectual en el metaverso*, Madrid, Editorial Reus, 2023; P. DE MIGUEL ASENSIO, “Blockchain and Smart Contracts Relating to Copyright: Jurisdiction and Applicable Law”, en D. DE ANGELIS ET AL. (eds.), *La tecnología blockchain e il diritto d'autore: miraggio o realtà?*, ALAI Italia, 2021, pp. 41-53.

donde el demandado tiene su domicilio, según lo establecido en el art. 4(1) RB I-bis. No existe en el Reglamento un foro especial de competencia relativo a los derechos reales sobre bienes muebles, salvo para los bienes culturales.⁷²

27. Fuera del régimen de RB I-bis, se aplicaría lo establecido en las normas de competencia internas que remiten al *Forum Rei Sitae*, como, por ejemplo, el art. 22 quinquies f) de la LOPJ. Una solución que se torna compleja en el caso de los bienes intangibles, tal como se evidencia en las normas de localización establecidas en el Reglamento de Insolvencia.⁷³ De otra parte, en el Reino Unido, la competencia judicial respecto a litigios sobre criptoactivos recae en el domicilio del propietario con anterioridad a la controversia, estableciendo, *de facto*, un foro general de competencia en el domicilio del demandante.⁷⁴ Este foro es especialmente útil en situaciones en las que resulta imposible o extremadamente complejo determinar la situación del bien o el domicilio del demandado, sobre todo en entornos digitales donde, como hemos visto, la interacción se lleva a cabo a través de avatares que, en muchas instancias, actúan bajo identidades anónimas, u organizaciones deslocalizadas.

La ubicación del bien es también la conexión empleada por el art. 10 CC para determinar la ley aplicable en litigios relacionados con derechos reales sobre bienes muebles. Sin embargo, ante la complejidad de localizar los bienes intangibles, podríamos seguir el tratamiento iusprivatista de los valores o *securities*. El problema es que los instrumentos normativos relevantes en este campo, por ejemplo, el Convenio de la Haya de 5 de julio de 2006,⁷⁵ se fundamentan en el criterio PRIMA (“*Place of the Relevant Intermediary Approach*”), el cual, no puede adaptarse de manera satisfactoria a activos deslocalizados.⁷⁶ Algunos países han adoptado recientemente legislación sobre ley aplicable a criptoactivos no sujetos a intermediación. Así, por ejemplo, de conformidad con el artículo 32(1) de la Ley alemana de Valores Electrónicos (eWpG),⁷⁷ las normas de conflicto establecidas en el artículo 17a de la Ley de Custodia (DepotG) son de aplicación preferente para valores intermediados, pero los valores no intermediados se rigen por la ley del estado donde se encuentre el organismo supervisor del registro. En situaciones no sujetas a supervisión, la norma remite a la ley de la sede de la entidad que mantiene el registro. Por último, si esta información no estuviera disponible, se aplica la ley del domicilio registrado de la entidad emisora.⁷⁸ No obstante, la eficacia de estas conexiones es cuestionable si nos enfrentamos a entidades deslocalizadas como las DAOs. Por ello, los Principios de UNIDROIT sobre activos digitales,⁷⁹ introducen una cláusula de cierre en el art. 5(d), que remite a la *Lex Fori* o a las normas de Derecho internacional privado del foro cuando no es posible utilizar ninguna de las conexiones empleadas en los apartados (a), (b) y (c) (autonomía de la voluntad, ley del Estado expresamente especificada en el sistema en el cual se registra el activo digital o ley del domicilio de la entidad emisora).⁸⁰ Por su parte, los Principios de ELI sobre utilización de activos digitales como garantía,⁸¹ utilizan conexiones

⁷² Art. 7(4). En este sentido *vid.*, C. PARRA RODRÍGUEZ, “La competencia judicial en materia de derechos reales mobiliarios, ¿una cuestión olvidada por el Reglamento Bruselas I bis?,” *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XXIII, 2023, pp. 337-358; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ Y S. SÁNCHEZ, “El nuevo Reglamento Bruselas I: qué ha cambiado en el ámbito de la competencia judicial”, *Revista Española de Derecho Europeo*, vol. 48, 2013, pp. 9 – 35, p.11.

⁷³ Art. 2(9) del Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015 sobre procedimientos de insolvencia, DOUE L 141 de 5 de junio de 2015, p. 19–72.

⁷⁴ *Ltd v Persons Unknown* [2021] EWHC 2254; *D’Aloia v Persons Unknown* [2022] EWHC 1723.

⁷⁵ Convenio de la Haya de 5 de julio de 2006 relativa a la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en un intermediario.

⁷⁶ M. LEHMANN, “How to determine the law applicable to crypto assets?”, Blog, The European Association of Private International Law Eapil, 2021, [disponible en línea] <https://eapil.org/2021/04/02/how-to-determine-the-law-applicable-to-crypto-assets>.

⁷⁷ *Gesetz über elektronische Wertpapiere vom 3. Juni 2021*, “eWpG”, BGBl. I S. 1423).

⁷⁸ C. WENDEHORST, “Chapter 5. Proprietary Rights in Digital Assets and the Conflict of Laws”, en Bonomi, Andrea, et al., editors. *Blockchain and Private International Law*. Brill; Nijhoff, 2023, pp. 101-127.

⁷⁹ *UNIDROIT Principles on Digital Assets and Private Law*, Roma, UNIDROIT, 2023.

⁸⁰ UNIDROIT Digital Assets and Private Law Principle 5(1)(d) (A) y (B); B. S. JIMÉNEZ-GÓMEZ, “Los principios de Unidroit sobre activos digitales: entre el Derecho mercantil y el Derecho internacional privado,” *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XXIII, 2023, pp. 269–312.

⁸¹ *ELI Principles on the Use of Digital Assets as Security*, European Law Institute, Viena, 2022.

geográficas como la ley del establecimiento o administración del garante, la ley de su residencia habitual o la vinculación del activo con una jurisdicción específica.⁸²

B. Litigios contractuales

28. Cuando estemos ante litigios de carácter contractual, y dejando al margen posibles pactos de sumisión conforme al art. 25 RB I-bis, así como la normativa protectora de determinados contratos de consumo (arts. 17-19 RB I-bis), se aplicaría el artículo 7(1) del RB I-bis para fijar la competencia judicial cuando el demandado tenga su domicilio en un Estado Miembro. La competencia recaería de forma alternativa, ante el órgano jurisdiccional del lugar en el Estado Miembro donde esté domiciliado el demandado, de conformidad con el art. 4(1) RB I-bis, o ante los tribunales del Estado Miembro donde haya de cumplirse la obligación que sirve de base a la demanda. Si se tratase de una compraventa, ese lugar sería donde ha de realizarse la entrega según el contrato, tal como establece el artículo 7(1)(b) 1.º del Reglamento. Es importante destacar en este sentido, que los NFT que respaldan la propiedad de la propiedad virtual parecen reunir las características esenciales para ser clasificados como mercaderías.⁸³ De hecho, la doctrina extranjera ha sugerido la posibilidad de incluirlos en el ámbito de aplicación de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías.⁸⁴ De esta forma, incluso si el litigio no va referido a la entrega del inmueble virtual, también sería aplicable el artículo 7(1)(b) 1.º RB I-bis para determinar la competencia del tribunal. De no estar domiciliado el demandado en un Estado Miembro, algunas normas de producción interna suelen remitir a los tribunales del lugar de ejecución, como el art. 22 quinquies a) LOPJ. Sin embargo, fijar el *Forum Solutionis* resulta complejo en ambos escenarios, dado que las transacciones con bienes virtuales están respaldadas por contratos inteligentes que, como ya hemos mencionado, se ejecutan simultáneamente en todos los nodos de la cadena.

29. En tanto que criptoactivos, estos contratos estarían sujetos a la ley elegida por las partes conforme a lo establecido en el art. 3 del RR I. A falta de elección de ley aplicable, si se trata de una compraventa, se regirían por la ley del país donde el vendedor tenga su residencia habitual (art. 4(1)(a) RR I) y si se trata de un arrendamiento, sería de aplicación la ley de la residencia habitual del prestador característico (art. 4(2) RR I), a menos que, en ambos casos, el contrato presente vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto (art. 4(3) RR I). De la misma manera, algunas transacciones podrían ser merecedoras de la protección establecida en el art. 6 RR I, sobre ciertos contratos de consumo. Finalmente, los contratos de garantía se regirían por la ley aplicable conforme a los apartados anteriores (art. 14 RR I).

30. Por lo demás, son pertinentes las consideraciones expuestas en secciones anteriores acerca de las dificultades para determinar el domicilio de las partes o el lugar de los vínculos más estrechos en entornos descentralizados.

3. Caracterización como contratos de licencia

31. Para concluir el análisis sobre la naturaleza jurídica de los inmuebles virtuales, una parte de la doctrina se muestra contraria incluso a considerarlos como bienes intangibles. Cifrino,⁸⁵ por ejemplo, aboga por abordar los desafíos en el ámbito de los mundos virtuales desde el derecho contractual. Rechaza, en este sentido, que se les aplique el marco normativo propio de los bienes reales, señalando

⁸² Principios Tercer y Cuarto.

⁸³ J. CAMPUZANO GÓMEZ-ACEBO Y J. SIEIRA, *op.cit.*, pp. 196-199.

⁸⁴ B. HAYWARD, "To Boldly Go, Part II: Data as the CISG's Next (But Probably Not Final) Frontier", *University of New South Wales Law Journal*, vol. 44, núm. 4, 2021, pp. 1482-1523.

⁸⁵ C. J. CIFRINO, "Virtual Property, Virtual Rights: Why Contract Law, Not Property Law, Must Be the Governing Paradigm in the Law of Virtual Worlds," *Boston College Law Review*, vol. 55, núm. 1, 2014, pp. 235-264.

que ninguno de los enfoques teóricos sobre el concepto de propiedad casa bien con las particularidades de los dominios virtuales. Indica, además, que este tipo de controversias se suele resolver con base a los términos y condiciones de los Acuerdos de Licencia de Usuario Final (“EULAs”) celebrados entre usuarios y plataformas.

32. A favor de esta teoría, se puede argumentar que el valor de los NFT en los que se respalda la propiedad de los bienes virtuales se fundamenta, en apariencia, en una idea simple: el comprador de un token no fungible adquiere clara y sin limitaciones la propiedad de dicho token. Sin embargo, esta afirmación no es del todo cierta: la tecnología que respalda los NFT permite que los vendedores mantengan un control prolongado sobre activos que han sido transmitidos y pagados en su totalidad. De esta manera, algunos tokens están programados para que sus desarrolladores recuperen una parte de las ganancias cada vez que se revenden, situación que parece no concordar adecuadamente con la premisa subyacente en las operaciones con inmuebles virtuales, a saber, la transmisión de la propiedad. A esto se une que el régimen de propiedad intelectual que actualmente impera en internet puede caracterizarse como “hostil” hacia la propiedad personal digital, lo que resulta en la imposición generalizada del régimen de contrato de licencia de propiedad intelectual.⁸⁶

33. Teniendo en cuenta lo anterior, cuando surjan desacuerdos entre vendedores, compradores y desarrolladores de inmuebles virtuales, los tribunales deberán considerar si están ante un contrato de compraventa o un contrato de licencia. Hasta donde alcanza nuestro conocimiento, aún no existe jurisprudencia al respecto, aunque algún autor ha sugerido que los tribunales podrían manifestar ciertas reservas respecto a clasificar las transacciones con propiedad virtual como verdaderos contratos de compraventa.⁸⁷ Así pues, en la medida en que los tribunales clasifiquen las transacciones con inmuebles virtuales como contratos de licencia y, dejando al margen posibles pactos de sumisión (art. 25 RB I-bis) o contratos de consumo merecedores de protección (arts. 17-19 RB I-bis), siempre que el demandado esté domiciliado en un Estado Miembro, se aplicará el artículo 7.1.a) y c) del Reglamento de Bruselas I bis para determinar el foro de competencia especial en asuntos contractuales. De la misma manera, la ley aplicable se determinará, a falta de elección, conforme al art. 4(2) del RR I, esto es, por la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato, a menos que el contrato presente vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto (art. 4(3) RR I).⁸⁸

34. De lo expuesto anteriormente se deduce, por tanto, que, independientemente de la calificación legal que se le otorgue a los bienes inmuebles virtuales – verdaderos inmuebles, bienes muebles intangibles o licencias – las características fundamentales de la tecnología *blockchain* que opera en el metaverso, en especial, la descentralización, el anonimato/opacidad, la inmutabilidad, la interconectividad y la automatización, generan inconsistencias con las normas de Derecho internacional privado basadas en puntos de conexión territorial, como son la ubicación de la propiedad, el lugar de ejecución o el domicilio de las partes. Todo ello nos lleva a cuestionar la viabilidad de la resolución de litigios sobre inmuebles virtuales ante jueces y tribunales nacionales, conforme a las normas de conflicto existentes.

35. En este contexto han surgido diversas plataformas que buscan ofrecer un sistema de justicia descentralizada fuera del ámbito jurisdiccional estatal.⁸⁹ A pesar de que algunas de ellas se han autodenominado como “el sistema de justicia para la próxima era del metaverso,”⁹⁰ no solo pretenden resolver

⁸⁶ En sentido crítico, J. FAIRFIELD, “Tokenized: The Law of Non-Fungible Tokens and Unique Digital Property,” *Indiana Law Journal (Bloomington)*, vol. 97, núm. 4, 2022, pp. 1261–1313.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ A. M. LÓPEZ RODRÍGUEZ, “Ley aplicable a los contratos de transmisión de tokens no fungibles”, en M. LUZ MARTINEZ VELENCOSO Y J. PLAZA PENADÉS (directores), *Retos normativos del mercado único digital europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, págs. 255-280.

⁸⁹ N. JEVREMOVIĆ, *op.cit.*, p. 10.

⁹⁰ F. AST Y B. DEFFAINS, *op.cit.*

litigios surgidos en entornos descentralizados, sino también aquellos que tienen su origen *offchain*.⁹¹ Algunas plataformas operan en sectores muy específicos, como *Bisq*⁹² y *Bitrated*,⁹³ mientras que otras centran sus modelos de negocio en proporcionar servicios de resolución de conflictos, como es el caso de *Metacourt*, *Codelegit*,⁹⁴ *Kleros*,⁹⁵ *Aragon Court*⁹⁶ y *Jur*.⁹⁷ Este último grupo destaca por sus características únicas, especialmente, que basan su modelo de negocio en conceptos de *crowdsourcing*, justicia descentralizada y teoría de juegos. Aunque los métodos y características específicas pueden variar entre ellas, las mencionadas plataformas suelen incorporar algún tipo de token o sistema de criptodivisas para incentivar la participación de los árbitros y recompensar o sancionar comportamientos específicos.⁹⁸ Las secciones que siguen describen y conceptualizan estos nuevos mecanismos de resolución alternativa de conflictos y analizan el régimen normativo aplicable al reconocimiento y exequatur de las decisiones que emiten, así como su ejecución efectiva.

IV. El *Blockchain Dispute Resolution* (BDR)

36. La doctrina se ha referido a las nuevas plataformas descentralizadas de resolución de conflictos como BDR (*Blockchain Dispute Resolution*),⁹⁹ *smart dispute resolution*,¹⁰⁰ *blockchain online dispute resolution*,¹⁰¹ *crypto transaction dispute resolution*,¹⁰² *distributed jurisdiction*,¹⁰³ *decentralized justice*,¹⁰⁴ *blockchain-based dispute resolution*,¹⁰⁵ *blockchain-based arbitration*,¹⁰⁶; *blockchain ODR*,¹⁰⁷ *self-enforcing online dispute resolution*,¹⁰⁸ *blockchain arbitration*¹⁰⁹ y también, *on-chain ADR procedures which utilize enforcement via blockchain*.¹¹⁰ Estas expresiones tienen en común la de ir referidas a mecanismos de resolución de conflictos *intra-blockchain* donde las identidades, tanto de las partes litigantes como de los árbitros, suelen permanecer anónimas o pseudoanónimas.¹¹¹ Las plataformas de BDR generalmente se estructuran como DAOs, esto es, como organizaciones descentralizadas dirigidas y mantenidas por una comunidad de participantes.¹¹² Operan de manera autónoma, sin intervención del Estado. Ello es posible porque el contrato inteligente donde se plasma la decisión de la controversia se ejecuta automáticamente en la cadena de bloques sin necesidad de terceros.¹¹³ Esta autonomía distingue

⁹¹ *Metacourt White Paper*, <https://medium.com> (consultado el 6 de diciembre de 2023).

⁹² *Exchange, Decentralized, Bisq*, <https://bisq.network/> (consultado el 6 de diciembre de 2023).

⁹³ *Bitcoin Trust Platform, Bitrated*, <https://www.bitrated.com> (consultado el 6 de diciembre de 2023).

⁹⁴ *Codelegit, Datarella*, <http://codelegit.com> (consultado el 22 de diciembre de 2023).

⁹⁵ *The Just Protocol, Kleros*, <https://kleros.io> (consultado el 6 de diciembre de 2023).

⁹⁶ *Dashboard, Aragon Court*, <https://court.aragon.org/#/dashboard> (consultado el 6 de diciembre de 2023).

⁹⁷ *Jur is the Blockchain for Creating New Societies, Jur*, <https://jur.io> (consultado el 6 de diciembre de 2023).

⁹⁸ O. RABINOVICH-EINY Y E. KATSCH, *op.cit.*

⁹⁹ C. KUMTEPE, *op.cit.*

¹⁰⁰ A. U. JANSSEN Y T. VENNMANN, "Smart Dispute Resolution in the Digital Age: The Potential of Smart Contracts and Online Dispute Resolution for Dispute Prevention and Resolution in Consumer Law Cases," *The International Journal on Consumer Law and Practice*, vol. 9, 2021, pp. 52-73.

¹⁰¹ F. GUILLAUME, Y S. RIVA, *op.cit.*

¹⁰² W. KAAL Y C. CALCATERA, *op.cit.*, p. 143

¹⁰³ *Ibidem.*

¹⁰⁴ F. AST Y B. DEFFAINS, *op.cit.*

¹⁰⁵ N. JEVREMOVIĆ, *op.cit.*

¹⁰⁶ S. HOURANI, "Access to Justice and Blockchain-based Arbitration: New Platforms Could Be Useful Tool for Resolving Commercial Disputes," *Dispute Resolution Magazine*, vol. 26, núm. 2, 2020, s. 20-23.

¹⁰⁷ O. TIAMIYU, *op.cit.*

¹⁰⁸ P. ORTOLANI, *op.cit.*

¹⁰⁹ L. BERGOLLA ET AL., "Kleros: A Socio-Legal Case Study of Decentralized Justice & Blockchain Arbitration," *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 37, núm. 1, 2022, s. 55-98.

¹¹⁰ M. DYLAG Y H. SMITH, "From Cryptocurrencies to Cryptocourts: Blockchain and the Financialization of Dispute Resolution Platforms," *Information, Communication & Society*, vol. 26, núm. 2, 2023, pp. 372-87; J. METZGER, "The Current Landscape of Blockchain-based, Crowdsourced Arbitration," *Macquarie Law Journal*, vol. 19, 2019, pp. 81-101, p. 8.

¹¹¹ L. BERGOLLA ET AL., *op.cit.*

¹¹² F. GUILLAUME, Y S. RIVA, *op.cit.*, p. 38.

¹¹³ P. ORTOLANI, *op.cit.*, p. 430.

al BDR de todos los demás tipos de mecanismos de resolución de conflictos en línea (*Online Dispute Resolution*, ODR).¹¹⁴

37. Las plataformas de BDR pueden clasificarse en cuatro grupos:¹¹⁵ 1) Plataformas que resuelven exclusivamente disputas de blockchain o sobre contratos inteligentes, como *Aragon*, *Bisq* y *Bitrated*; 2) Plataformas que también se ocupan de controversias *offchain*, como *Mattereum*¹¹⁶ y *Kleros*; 3) Plataformas que facilitan la negociación y mediación, como la extinta *Sagewise*; y 4) Plataformas basadas en principios de votación colectiva y teoría de juegos, como *Aragon*, *Jur*, *Kleros*, *Metacourt* y *Rhubarb*.¹¹⁷ Las características específicas de cada una de estas plataformas ya se han descrito por la doctrina, a la cual remitimos en aras de brevedad.¹¹⁸

38. Son de particular interés las plataformas de BDR que utilizan incentivos económicos y giran alrededor de teoría de juegos y la sabiduría de las masas (*wisdom of the crowds*).¹¹⁹ Los operadores clave son *Kleros*,¹²⁰ *Aragon*,¹²¹ *Jur*¹²² y *Metacourt*.¹²³ Cada una de estas cuatro plataformas utilizan tokens para su gobernanza: *PNK* (*Kleros*), *Polkadot* (*Jur*), *ANJ* (*Aragon*) y *\$COURT* (*Metacourt*). Mientras que *Kleros*, *Aragon* y *Metacourt* operan en *blockchains* totalmente descentralizadas, *Jur*, se basa en *VeChain*, que utiliza un algoritmo de consenso de Prueba de Autoridad con nodos confiables.¹²⁴ Sin embargo, las cuatro emplean incentivos económicos fundamentados en el denominado *Punto de Schelling*.¹²⁵ Esta teoría sugiere que los incentivos económicos pueden ayudar a un grupo de personas cuyos miembros no confían entre sí o no pueden comunicarse entre sí para alinear sus expectativas de comportamiento.¹²⁶ *Kleros*, por ejemplo, utiliza una red de “jurados humanos”, esto es, árbitros anónimos elegidos al azar en función de la cantidad de *PNKs* que posean y que compiten por ser designados. En efecto, cuanto mayor sea su apuesta de *PNKs*, mayores posibilidades tienen de ser seleccionados aleatoriamente como árbitros para resolver una controversia concreta. Cualquier persona puede actuar como árbitro y la toma de decisiones está motivada económicamente para llegar a la solución mayoritaria de acuerdo con los resultados más previsibles.¹²⁷ *Kleros* es la plataforma que lleva funcionando más tiempo y cuenta con el respaldo financiero tanto de la Unión Europea como de otras entidades privadas y gubernamentales.¹²⁸ Hasta la fecha, su base de datos registra la resolución de 1622 controversias.¹²⁹

¹¹⁴ F. GUILLAUME, Y S. RIVA, *op.cit.*

¹¹⁵ C. KUMTEPE, *op.cit.*, s. 144.

¹¹⁶ *Mattereum*, <https://mattereum.com> (consultado el 6 de diciembre de 2023).

¹¹⁷ *Metacourt*, METACOURT, <https://metacourt.tech> (consultado el 6 de diciembre de 2023); *Rhubarb*, *Rhubarb*, <https://www.rhucoin.com> (consultado el 6 de diciembre de 2023).

¹¹⁸ Vid. J. METZGER, *op.cit.*; C. KUMTEPE, *op.cit.*; Y. AOUIDEF, ET. AL., *op.cit.*; N. JEVREMOVIĆ, *op.cit.*; M. KONTAK, “Modern Tools to Lower the Costs of Disputes: Digitalisation and the New Venues of Online Dispute Resolution,” 2021 *Harmonius: Journal for Legal and Social Studies in South East Europe*, 2021, pp.113-132; O. TIAMIYU, *op.cit.*; L. BERGOLLA ET AL., *op.cit.*; M. KASATKINA, “Dispute Resolution Mechanism for Smart Contracts,” *Masaryk University Journal of Law and Technology*, vol. 16, núm. 2, 2022, pp.143-162; F. AST Y B. DEFFAINS, *op.cit.*

¹¹⁹ T. SCHELLING, *The Strategy of Conflict*, Harvard University Press, 1960; M. SHUBIK, *Game Theory in the Social Sciences: Concepts and Solutions*, MIT Press, 1982; R. MYERSON, *Game Theory: Analysis of Conflict*, Harvard University Press, 1997; J. SIMMONS, et al., “Intuitive Biases in Choice Versus Estimation: Implications for the Wisdom of Crowds,” *The Journal of Constructional Steel Research*, vol. 38, núm. 1, 2011, pp. 1-15.

¹²⁰ The Just Protocol, *op.cit.*

¹²¹ *Prerequisites*, ARAGON, <https://documentation.aragon.org/products/prerequisites> (consultado el 22 de diciembre de 2023).

¹²² *Jur is the Blockchain for Creating New Societies*, *op.cit.*; Y. AOUIDEF, ET. AL., *op.cit.*, p. 2.

¹²³ *Metacourt Whitepaper*, <https://docs.metacourt.tech> (consultado el 27 de diciembre de 2023)

¹²⁴ Y. AOUIDEF, ET. AL., *op.cit.*, p. 3; *Metacourt Whitepaper*, *op.cit.*

¹²⁵ *Ibidem*.

¹²⁶ C. LESAEGE Y F. AST, *White Paper V. 1.0. 7 Clément Lesaege, Federico Ast y William George Septiembre 2019*, https://kleros.io/whitepaper_es.pdf (consultado el 28 de diciembre de 2023).

¹²⁷ *Ibidem*.

¹²⁸ L. BERGOLLA ET AL., *op.cit.*, p. 72.

¹²⁹ <https://kleros.io>.

Cómo funciona

39. Tras leer la exposición de los hechos que realizan las partes y los argumentos y pruebas presentadas, los árbitros de *Kleros* deciden la controversia en equidad.¹³⁰ Después, emiten sus votos utilizando PNKs, los cuales pierden si la parte por la que han optado no prevalece finalmente en el litigio.¹³¹ Si respaldaron a la parte ganadora, por el contrario, no solo mantienen sus PNKs, sino que reciben una recompensa adicional. Según Schmitz & Rule, el BDR utiliza lo que se puede describir como *crowdsourced* o “justicia de las masas”,¹³² lo que lo distingue, por ejemplo, de otros mecanismos de resolución de controversias en línea.

40. Los votos que emite cada árbitro no son visibles ni para los demás árbitros ni para las partes. Sin embargo, una investigación ha sugerido que la comunicación extensa, frecuente y simultánea que tiene lugar en los canales de *Telegram* entre la comunidad de usuarios de *Kleros*, puede aumentar el riesgo de colusión.¹³³ Por lo demás, los litigantes tienen permitido apelar un número ilimitado de veces, siendo designados para cada instancia de apelación el doble de árbitros que en la instancia anterior, más uno. Las costas también aumentan con cada instancia de apelación. Una vez que la decisión es final, se ejecuta inmediata y automáticamente en la cadena de bloques.¹³⁴

41. La doctrina ha apuntado que el BDR gira en torno a lo que se denomina “riesgo reputacional.”¹³⁵ De acuerdo con ciertos estudios, la reputación positiva en estas plataformas guarda una correlación directa con las ganancias económicas. Se sostiene que cuanto mayor cantidad de tokens se juegue un árbitro en la resolución de un litigio, mejor alineada estará su decisión con la opinión mayoritaria. Así y, diferencia de los mecanismos tradicionales de resolución de conflictos, que endosan el riesgo reputacional a la parte perdedora durante la fase de ejecución, el BDR sitúa el riesgo reputacional *antes* de la toma de decisiones. En otras palabras, en el BDR el riesgo reputacional se transfiere de la parte perdedora a los árbitros “perdedores”. “A medida que la reputación del mecanismo de BDR aumenta, también se incrementa el valor de los tokens nativos de la plataforma, generando mayores beneficios económicos para los árbitros que adquieren estos tokens.”¹³⁶ En consecuencia, se argumenta que en el BDR los árbitros reciben mayor atención que las partes en litigio.

V. BDR: legitimidad y derecho a un proceso con todas las garantías

42. El BDR suscita inquietudes relacionadas con las garantías procesales, ya que las oportunidades de defensa son limitadas. Independientemente de la plataforma, el proceso probatorio es completamente voluntario y autoimpuesto, consistiendo únicamente en que las partes presenten cualquier evidencia que consideren necesaria para respaldar unilateralmente una reclamación.¹³⁷ Asimismo, los árbitros carecen de la posibilidad de fundamentar sus decisiones en precedentes jurisdiccionales y cuentan con

¹³⁰ F. GUILLAUME, Y S. RIVA, *op.cit.*, p. 53

¹³¹ L. BERGOLLA ET AL., *op.cit.*, p. 64.

¹³² A. SCHMITZ Y C. RULE, “Online dispute resolution for smart contracts,” *Journal of Dispute Resolution*, vol. 2, 2019, pp. 103-126, p. 117.

¹³³ L. BERGOLLA ET AL., *op.cit.*, p. 73.

¹³⁴ Y. AOUIDEF, ET. AL, *op.cit.*, p. 3.

¹³⁵ W. A. KAAAL, “Blockchain-based Corporate Governance,” 4 *Stanford Journal of Blockchain Law & Policy*, 2021, [disponible en línea] <https://stanford-jblp.pubpub.org/pub/blockchain-corporate-governance/release/1>, p. 19; F. GUILLAUME, Y S. RIVA, *op.cit.*, p. 46.

¹³⁶ *Ibidem*.

¹³⁷ M. BUCHWALD, “Smart Contract Dispute Resolution: The Inescapable Flaws of Blockchain-based Arbitration,” *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 168, núm. 5, 2020, pp. 1369–4123; J. METZGER, “Decentralized Justice in the Era of Blockchain,” *International Journal of Online Dispute Resolution*, vol. 5, núms. 1-2, 2018, p. 69-81; J. METZGER, “The Current Landscape,” *op.cit.*, p. 101.

escaso marco analítico del cual extraer conclusiones.¹³⁸ Ello podría conculcar el derecho a un proceso con todas las garantías recogido, entre otros, en el artículo 24.2 de la Constitución Española.

43. Promover económicamente decisiones mayoritarias desatiende, asimismo, el valor social de los votos particulares¹³⁹ y podría ser la opción más expedita, aunque no necesariamente la más justa.¹⁴⁰ Otra crítica reside en la presunción de que los diversos puntos de vista legales y culturales de los árbitros convergen para llegar al “resultado correcto.” Sin embargo, resulta imposible determinar si los árbitros comprenden realmente las expectativas de las partes o tienen en cuenta el marco normativo aplicable.¹⁴¹ En efecto, las plataformas de BDR no siempre toman en consideración las complejidades legales inherentes a los procedimientos de resolución de conflictos, sino que se enfocan más en aspectos especulativos y tecnológicos.¹⁴²

44. Por estar basado en principios de teoría de juegos y decisiones racionales, el encaje del BDR al campo de la resolución de controversias también plantea incertidumbres. Al operar dentro de una economía especulativa de criptomonedas, surgen interrogantes significativas en relación con su potencial impacto en los procesos de resolución de conflictos, así como en la capacidad de las partes y el público general para escrutar los resultados de las decisiones.¹⁴³

45. No obstante, algunas de las críticas más contundentes hacia las plataformas de BDR se relacionan con la transición de la lógica judicial a la lógica de los mercados. El proceso de selección de árbitros favorece a aquellos que invierten más tokens que otros, convirtiendo la litigación en un medio de intercambio y circulación de criptomonedas.¹⁴⁴ Como consecuencia, la gobernanza en plataformas *blockchain* se ve inexorablemente vinculada a la especulación y acumulación de criptomonedas, “simplificando las complejidades de la resolución de controversias al transformar el consenso en una serie de resultados calculables por partes racionales interesadas en la acumulación de criptomonedas.”¹⁴⁵ Las conclusiones de un estudio empírico sobre *Kleros* parecen corroborar esta preocupación.¹⁴⁶ Asimismo, las plataformas de BDR se ven inmersas en un conflicto de intereses dado que, a mayor litigiosidad, mayor generación de ingresos. Sin embargo, debido a la especulación y volatilidad de las criptomonedas, este sistema también podría ocasionar demoras y situaciones de negación de justicia si el interés económico en participar en una controversia específica como árbitro no es lo suficientemente significativo.¹⁴⁷

Además, se sugiere que las plataformas de BDR pueden plantear problemas desde una perspectiva de gobernanza democrática, ya que confían la administración de justicia a una élite tecnocrática que custodia y mantiene en secreto el código subyacente, lo que repercute, lógicamente, en la transparencia.¹⁴⁸

VI. Reconocimiento y ejecución *offchain* de decisiones BDR

46. El BDR plantea desafíos vinculados a la validez formal y material de las decisiones, así como otras cuestiones relacionadas con la identificación, capacidad y cumplimiento procedimental, que

¹³⁸ J. SKLAROFF, *op.cit.*, p. 301.

¹³⁹ O. TIAMIYU, *op.cit.*, p. 99; M. KONTAK, *op.cit.*, p. 125.

¹⁴⁰ T. VAN DER LINDEN, “Trust Me: Combining Online Dispute Resolution, Law and Blockchain Technology,” *Indian Journal of Law and Technology*, vol. 15, 2019, pp. 454-469.

¹⁴¹ J. METZGER, “The Current Landscape,” *op.cit.*, pp. 100-01.

¹⁴² N. JEVREMOVIĆ, *op.cit.*, p. 10.

¹⁴³ M. DYLAG Y H. SMITH, *op.cit.*, p. 372; J. R. STERNLIGHT Y J. K. ROBBENOLT, “In-Person or Via Technology?: Drawing on Psychology to Choose and Design Dispute Resolution Processes,” *DePaul Law Review*, vol. 71, 2022, pp. 701-776.

¹⁴⁴ P. LANGLEY Y A. LEYSHON, “Platform Capitalism: the Intermediation and Capitalization of Digital Economic Circulation,” *Finance and Society*, vol. 3, núm. 1, pp. 11-31.

¹⁴⁵ M. DYLAG Y H. SMITH, *op.cit.*

¹⁴⁶ L. BERGOLLA ET AL., *op.cit.*, p. 78.

¹⁴⁷ M. KONTAK, *op.cit.*, p. 124.

¹⁴⁸ M. DYLAG Y H. SMITH, *op.cit.*; J. METZGER, “The Current Landscape,” *op.cit.*, p. 70.

pueden tener un impacto significativo en la ejecutabilidad y reconocimiento de los laudos de acuerdo con la Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras.¹⁴⁹

47. Recientemente, un tribunal ha respaldado un laudo emitido en colaboración con *Kleros* que pone fin a una controversia sobre un contrato de arrendamiento celebrado en septiembre de 2020 entre dos entidades privadas con relación a una propiedad ubicada en México. El contrato contenía una cláusula de arbitraje, de conformidad con las disposiciones aplicables en dicho país. Al entrar en desacuerdo, las partes designaron a un único árbitro y acordaron las normas del proceso arbitral, con la particularidad de que conminaban explícitamente al árbitro a someter la resolución del litigio al *Protocolo Kleros*. La controversia se remitió, consecuentemente a *Kleros* y, en octubre de 2020, la plataforma alcanzó una decisión unánime, que estimaba la reclamación de la demandante por impago. Posteriormente, el 27 de noviembre de 2020, el árbitro dictó un laudo que recogía la decisión de *Kleros*, y ordenó al demandado liquidar los pagos pendientes junto con los intereses devengados, así como el desalojo de la propiedad arrendada. El propietario presentó, consecuentemente, una petición de reconocimiento y ejecución del laudo ante los tribunales mexicanos, que finalmente fue estimada el 28 de mayo de 2021, confirmando la legitimidad del proceso arbitral.¹⁵⁰

48. El caso referido no versa sobre un inmueble virtual y el laudo tampoco se dictó directamente en *Kleros*; más bien, el BDR operó aquí como una herramienta más dentro de un procedimiento arbitral tradicional. De esta manera, la sentencia mexicana no aborda la compatibilidad del BDR con el derecho a un proceso con todas las garantías o la conformidad de algunas de sus características con la Convención de Nueva York de 1958. Las complejidades que rodean el reconocimiento y la ejecución de las decisiones dictadas en BDR surgen, sin embargo, cuando este no se utiliza como un elemento integral dentro del proceso arbitral, sino como el único mecanismo para la resolución de controversias. En tal situación, surgen diversas interrogantes desde una perspectiva legal, que resumimos brevemente.¹⁵¹

49. Las cláusulas compromisorias incorporadas en contratos inteligentes generan dudas sobre su conformidad con los requisitos de validez formal recogidos en el artículo II(2) de la Convención de Nueva York, en particular, la exigencia de que se trate de un “acuerdo por escrito.” Esta expresión va referida a una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas. Dentro del metaverso, sin embargo, las operaciones con inmuebles virtuales suelen gestionarse mediante contratos inteligentes redactados en lenguajes de programación, lo que añade una capa de complejidad al cumplimiento con los referidos requisitos formales. A diferencia de los contratos tradicionales, los *smart contracts* carecen a menudo de documentación formal o de un registro físico de la aceptación de términos. El consentimiento puede manifestarse simplemente mediante la ejecución de una transacción en la cadena de bloques, lo que puede ser menos claro y verificable que la firma en un contrato en papel. En este sentido, los términos de uso de la

¹⁴⁹ 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.

¹⁵⁰ Decisión del *Juez Cuarto de los Civil del Primer Partido Judicial del estado de Jalisco*, 28 de mayo de 2021, Asunto 205/2021, comentado por M. VIRUES CARRERA, “Accommodating Kleros as a Decentralised Dispute Resolution Tool for Civil Justice Systems: Theoretical Model and Case of Application,” Kleros platform, [diponible en línea] <https://ipfs.kleros.io/ipfs/QmfNrgSVE9bb17KzEVFoGf4KKA1Ekaht7ioLjYzheZ6prE/Accommodating%20Kleros%20as%20a%20Decentralized%20Dispute%20Resolution%20Tool%20for%20Civil%20Justice%20Systems%20-%20Theoretical%20Model%20and%20Case%20of%20Application%20-%20Mauricio%20Virues%20-%20Kleros%20Fellowship%20of%20Justice.pdf> (consultado el 4 de enero de 2024).

¹⁵¹ E. CHANG Y E. HAY, “Something Borrowed, Something Blue: The Best of Both Worlds in Metaverse-Related Disputes,” *Contemporary Asia Arbitration Journal*, vol. 15, núm. 2, 2022, pp. 205252, p. 218-220;

¹ TASENDE, “Blockchain y arbitraje: un nuevo enfoque en la resolución de disputas. Especial énfasis en smartcontracts y criptodivisas”, *Revista de Derecho*, vol. 22, 2020, [disponible en línea] <https://doi.org/10.22235/rd.vi22.2127>; M. V YÉPEZ IDROVO ET AL., “Smart contracts y el arbitraje: hacia un modelo de justicia deslocalizado,” *USFQ Law Review*, vol. 7, núm. 1, 2020, pp. 1-28, [disponible en línea] doi:10.18272/ulr.v7i1.1698 .

plataforma de realidad virtual respectiva o la presencia de un contrato subyacente pueden adquirir una importancia crucial para determinar la conformidad de una cláusula compromisoria con el artículo II de la Convención de Nueva York.¹⁵²

50. La validez sustantiva de estos convenios arbitrales también es cuestionable, en particular, en lo que se refiere al consentimiento contractual, cuya existencia es difícil de probar. Las transacciones que se gestionan a través de contratos inteligentes son impulsadas por el código y la lógica del contrato, sin intervención humana directa. Esto puede hacer que sea menos evidente cómo y cuándo las partes dieron su consentimiento inicial. El código subyacente de un *smart contract*, además, puede ser complejo y técnico. Las partes involucradas pueden no comprender completamente todas las implicaciones del código, y el consentimiento puede darse más por la interacción con la plataforma que por la comprensión completa del contrato en sí. De otra parte, en algunos casos, el consentimiento se otorga a través de una interfaz de usuario en una plataforma en línea. Sin embargo, la experiencia del usuario puede variar y, en algunos casos, no se proporciona un medio claro para que las partes revisen y comprendan completamente los términos antes de aceptar, por ejemplo, un aviso apropiado sobre la inclusión de un acuerdo de arbitraje por referencia. Asimismo, como es sabido, la interacción con avatares y DAOs en el metaverso proporciona un cierto grado de anonimato. Esto puede hacer que sea difícil asociar de manera inequívoca las identidades de las partes con sus transacciones, lo que complica la prueba del consentimiento en el contexto legal. La adecuada conformidad con las regulaciones pertinentes, como las leyes de protección al consumidor, complica aún más la evaluación de la validez material del convenio.¹⁵³ Precisamente ese cierto grado de anonimato también contribuye a la dificultad de probar la capacidad de las partes a la que se refiere el art. V(1)(a) de la Convención de Nueva York.

51. De otra parte, recordemos que en el BDR la identidad de los árbitros también permanece en el anonimato, que persiste incluso después de haberse dictado la resolución. Si la identidad de los árbitros se mantiene en anonimato, podría surgir la pregunta de si se ha cumplido adecuadamente con el requisito establecido en el Artículo V(1)(d) de la Convención de Nueva York, que exige que las partes hayan sido debidamente notificadas de la designación de los árbitros y del procedimiento arbitral. El anonimato de los árbitros podría plantear, asimismo, cuestionamientos sobre el derecho de las partes a un proceso con todas las garantías, ya que las partes tienen el derecho fundamental de conocer la identidad de quienes decidirán sobre su controversia. Sin olvidar que el anonimato de los árbitros puede generar dudas sobre la integridad y la imparcialidad del proceso, sin que las partes puedan, en ese caso, ejercer de manera efectiva el derecho a recusar a un árbitro por posibles conflictos de interés o parcialidad. Además, podrían existir requisitos legales bajo el Derecho nacional aplicable que exijan la revelación de la identidad de los árbitros para que el laudo sea considerado válido.¹⁵⁴

52. Cobra relevancia, igualmente, la alineación de los procedimientos arbitrales con los acuerdos de las partes, una faceta crítica según el artículo V(1)(d) de la Convención de Nueva York, especialmente en arbitrajes *ex aequo et bono* como los llevados a cabo en plataformas como *Kleros* o *Jur*, ya que los arbitrajes en equidad requieren normalmente una autorización explícita de las partes.¹⁵⁵ Asimismo, la notificación efectiva de las partes, que esencial en cualquier procedimiento arbitral, puede volverse complicada, no solo por la identidad anónima y encriptada de las partes, sino porque las direcciones de billeteras digitales pueden cambiar. Otro posible obstáculo legal al reconocimiento y ejecución de estas decisiones es que las decisiones arbitrales están vinculadas a contratos inteligentes que se ejecutan automáticamente. Esto plantea dudas sobre la adecuación del procedimiento a lo acordado por las partes y sobre su conformidad con las leyes aplicables.

¹⁵² E. CHANG Y E. HAY, *op.cit.*, pp. 218-220.

¹⁵³ *Ibid*, p. 225.

¹⁵⁴ *Ibid*, p. 226.

¹⁵⁵ *Ibid*, p. 236.

53. El BDR presenta, a su vez, complejidades a la hora de establecer la sede arbitral. Determinar el *forum arbitri* no es tarea fácil tratándose de entornos descentralizados, generándose importantes interrogantes sobre la sede arbitral y el Estado donde se dictó el laudo. Esto último no solo es determinante con relación a la validez material del convenio arbitral o del laudo, sino para establecer la aplicación de la Convención de Nueva York. Recordemos que conforme al art. I(1) de la misma, la Convención se aplica a “sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias”.¹⁵⁶

54. Por otro lado, según el artículo IV de la Convención de Nueva York, para solicitar el reconocimiento y ejecución de un laudo, es necesario presentar la demanda acompañada “del original debidamente autenticado de la sentencia o una copia de ese original” y “el original del acuerdo a que se refiere el artículo II, o una copia.” En este sentido, cabe recordar que las decisiones tomadas en plataformas como *Kleros* no están ni siquiera firmadas.¹⁵⁷

55. Además, la ausencia de audiencias en algunas plataformas de BDR puede conculcar, como se ha visto, el derecho a un proceso con todas las garantías, al privar a las partes de la oportunidad de presentar su caso de manera integral. Esta situación ha sido identificada como una de las razones para la denegación del reconocimiento y ejecución del laudo, conforme a lo dispuesto en el artículo V(1)(b) de la Convención de Nueva York.¹⁵⁸

56. Por último, las decisiones dictadas en plataformas de BDR pueden plantear cuestiones de orden público, según lo establecido en el artículo V(2) de la Convención de Nueva York. Ámbitos como la protección de datos, los derechos de los consumidores, la fiscalidad, la supervisión financiera, la prevención del blanqueo de capitales, la defensa de la competencia, los juegos de azar o la legislación penal han sido históricamente terrenos donde los Estados han aplicado la excepción de orden público para denegar el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales. Cabría pensar que los Estados pueden intentar ejercer influencia regulatoria en el metaverso por esta vía.¹⁵⁹ De la misma manera, sería plausible considerar que las decisiones dictadas en BDR pueden contravenir el orden público del foro debido a la falta de transparencia, la ausencia de motivación del laudo o la existencia de conflictos de interés económico entre los árbitros. En última instancia, el reconocimiento y la ejecución del laudo podrían también ser rechazados en la medida en que la decisión contravenga un foro de competencia exclusiva en el Estado requerido. En este sentido, como ya se ha visto, cuando se trata de controversias en materia de derechos reales sobre inmuebles o contratos de arrendamiento de inmuebles, la mayoría de ordenamientos remiten al *Forum Rei Sitae*.

VII. Búsqueda de activos y ejecución en el metaverso de decisiones sobre inmuebles virtuales

57. Una vez dictada sentencia u obtenido el exequatur de una resolución judicial extranjera o laudo arbitral, la parte ganadora deberá recurrir a los métodos de ejecución disponibles. En el caso de España, deberá solicitar el despacho de ejecución según lo previsto en los arts. 548 a 555 de la LEC, esto es, aquella orden judicial de dar inicio al proceso de ejecución con realización de las actuaciones encaminadas al efectivo cumplimiento de la obligación (de pago, dar, hacer o no hacer) que derive del título ejecutivo. Después de que el Juez o Magistrado emita el auto correspondiente, el Letrado de la Administración de Justicia expedirá un decreto que incluirá las medidas ejecutivas específicas que sean apropiadas, junto con las medidas para localizar y averiguar los bienes del ejecutado que resulten pertinentes para la ejecución.

¹⁵⁶ *Ibidem*.

¹⁵⁷ I. TASENDE, *op.cit.*

¹⁵⁸ M. KONTAK, *op.cit.*, p. 129.

¹⁵⁹ E. CHANG Y E. HAY, *op.cit.*, p. 239.

58. No obstante, cuando la medida ejecutiva haya de realizarse directamente en una plataforma virtual por la naturaleza de la medida en sí, o por carecer el deudor de activos más allá del metaverso, ejecutar la resolución mediante los métodos tradicionales disponibles puede convertirse en un esfuerzo poco productivo, especialmente si la identidad del deudor no es rastreable.¹⁶⁰

59. En algunas ocasiones, por ejemplo, la ejecución puede consistir en revertir una transacción en una plataforma descentralizada, por ejemplo, si la resolución o laudo declaran nulo o anulable un contrato de arrendamiento de inmueble virtual debido a un error, falta de capacidad o coacción. También pueden consistir en modificar un contrato en caso de acaecer una excesiva onerosidad sobrevenida o un cambio de normativa dificultades cuando un tribunal ha emitido un remedio que excusa el cumplimiento futuro cuando un contrato inteligente se ejecuta automáticamente una vez iniciado. Sin embargo, modificar un contrato inteligente puede ser difícil debido a su naturaleza inmutable y descentralizada. Aunque se están explorando soluciones como contratos actualizables o protocolos que permiten actualizaciones controladas y seguras de los *smart contracts* en ciertos casos, estos enfoques deben equilibrar la flexibilidad con la necesidad de mantener la seguridad y la confianza en el ecosistema *blockchain*, esto es, que el código del contrato se va a ejecutar según lo acordado sin cambios imprevistos.¹⁶¹

60. Si lo que se trata de hacer efectivo es una obligación de pago, en principio parece que los criptoactivos son susceptibles de ejecución si encajan en alguna de las categorías de bienes embargables previstos en el art. 592(2) de la LEC.¹⁶² Una decisión que exige el pago en criptomonedas conllevaría, por ejemplo, la incautación y venta de activos para adquirir criptomonedas o su equivalente, o el embargo de criptomonedas o derechos equivalentes. De la misma manera, si el fallo exige la devolución de un criptoactivo, habría que conminar al deudor a que proporcionara la clave privada de su billetera digital. No obstante, las direcciones de las billeteras digitales no revelan directamente la identidad de las partes involucradas, lo que puede dificultar la identificación de la parte deudora. Además, la intangibilidad, encriptación, inmutabilidad y naturaleza descentralizada de la tecnología *blockchain* obstaculizan considerablemente la ejecución de las resoluciones judiciales. En el asunto de *U.S. vs 50.44 Bitcoin*,¹⁶³ el tribunal no necesitó compeler al deudor a transferir bitcoins utilizando métodos de ejecución directamente en la cadena de bloques, ya que este los transfirió voluntariamente al gobierno. En el caso contrario, la ejecución de criptoactivos solo podría haberse realizado a través de medios físicos, como la confiscación de portátiles o de ordenadores no encriptados.¹⁶⁴

61. Del análisis anterior, podemos inferir que, en general, la localización de criptoactivos y la ejecución de resoluciones judiciales y laudos en plataformas de realidad virtual presentan importantes dificultades prácticas, especialmente en metaversos descentralizados. Ante esta situación, parece que el mecanismo más eficiente – no necesariamente más justo – para resolver y ejecutar decisiones relacionadas con controversias bienes inmuebles virtuales es a través de plataformas de BDR, utilizado estas últimas, no como una herramienta más dentro del proceso arbitral, sino como único mecanismo de resolución del litigio. Efectivamente, estas plataformas integran la toma de decisiones con su ejecución *on-chain* mediante cuentas de depósito en garantía o *escrow*, que aseguran el cumplimiento del laudo y eliminan la necesidad de iniciar un procedimiento judicial para solicitar la ejecución del fallo.¹⁶⁵ En *Kle-*

¹⁶⁰ Chamber of Digital Commerce, “Smart Contracts, Is the Law Ready?,” 2018, [disponible en línea] <https://digitalchamber.org/smart-contracts-whitepaper>, p. 62.

¹⁶¹ *Ibid*, p. 59.

¹⁶² M. FARIÑA SANTANA ET AL., “La recuperación de criptoactivos como parte de la ejecución de laudos arbitrales y sentencias extranjeras”, *Diario La Ley*, 11 de julio de 2023, [disponible en línea] <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2023/07/12/la-recuperacion-de-criptoactivos-como-parte-de-la-ejecucion-de-laudos-arbitrales-y-sentencias-extranjeras>

¹⁶³ *United States of America, Plaintiff, v. 50.44 BITCOINS, Defendant*, United States District Court for the District of Maryland, 31May 2016, Civil Action No. ELH-15-3692.

¹⁶⁴ Z. ER LOW, “Execution of Judgements on the Blockchain- A Practical Legal Commentary,” *Harvard Journal of Law & Technology Digest*, 2021, [disponible en línea] <https://jolt.law.harvard.edu/digest/execution-of-judgements-on-the-blockchain-a-practical-legal-commentary>.

¹⁶⁵ <https://docs.kleros.io/products/escrow/new-in-progress-kleros-escrow-tutorial>.

ros, por ejemplo, una vez que se ha alcanzado una decisión, el contrato inteligente asociado al caso inicia la ejecución realizando una transferencia de activos digitales o fondos, de acuerdo con el veredicto. La naturaleza automatizada de los contratos inteligentes garantiza, por tanto, que la ejecución del laudo se realice sin necesidad de intervención judicial ni de terceros.

62. Una cuestión totalmente distinta es si los laudos de BDR generan efectos de cosa juzgada. En caso contrario, estos procedimientos no serían obstáculo para que la parte perdedora volviera a litigar el caso.¹⁶⁶

VIII. Conclusiones

63. El concepto de bienes inmuebles virtuales adquiere importancia económica en el metaverso, que nos ofrece la oportunidad de adquirir propiedades, su desarrollo y monetización. Efectivamente, y de forma similar a los bienes raíces físicos, en los distintos metaversos existentes se pueden comprar, vender, arrendar y desarrollar inmuebles. De esta forma, se establecen ecosistemas digitales donde individuos, negocios y entidades invierten y comercian con propiedades virtuales. A medida que el metaverso se populariza, estos terrenos e inmuebles virtuales se convierten en un activo escaso y valioso, siendo potencial reflejo del sector inmobiliario del mundo real.

En este contexto y bajo nuestra perspectiva, se plantea la necesidad de caracterizar a los inmuebles virtuales como auténticos bienes inmuebles o, al menos, como una categoría distinta de los bienes muebles intangibles o de los contratos de licencia. Diversas razones respaldan este argumento. En primer lugar, elementos como la localización, el tamaño y la proximidad a vías de comunicación emergen como factores determinantes que influyen directamente en el valor de los inmuebles virtuales. En segundo lugar, la falta de portabilidad y la idea de que el metaverso inherentemente modela su estructura a partir del mundo real, sugieren la pertinencia de considerarlos más afines a bienes inmuebles que a bienes muebles intangibles o a contratos de licencia.

64. La aparición de conflictos vinculados a inmuebles ubicados en el metaverso es solo cuestión de tiempo. Sin embargo, los mecanismos tradicionales de resolución de conflictos parecen inadecuados para resolver esta clase de controversias. Las normas de Derecho internacional privado que utilizan conexiones territoriales, tales como la situación del inmueble o el domicilio de las partes, no se adaptan fácilmente a contextos virtuales y descentralizados. Además, cuando la identidad del demandado es anónima o carece de activos más allá del metaverso, hacer cumplir una resolución judicial o laudo arbitral a través de medios de ejecución convencionales puede resultar inútil. Ante este panorama, el arbitraje en la cadena de bloques aparece como una alternativa viable, aunque no necesariamente la más justa.

65. En las plataformas de BDR, la toma de decisiones se desarrolla a través de paneles de árbitros anónimos, quienes están incentivados mediante recompensas financieras basadas en la teoría de juegos. Una vez alcanzada una decisión, esta se ejecuta automáticamente en línea, a través de cuentas de depósito en garantía o *escrow*. Si bien estas plataformas ofrecen una resolución rápida y efectiva de controversias, también originan serias dudas desde el punto de vista jurídico, por ejemplo, la ausencia de audiencias o la falta de neutralidad e independencia de los árbitros en los procesos de toma de decisiones. Ello puede obstaculizar, en último término, su reconocimiento y ejecución fuera de la plataforma.

66. Para que un mecanismo de resolución de conflictos sea efectivo ha de tener un grado suficiente de confianza, experiencia, conveniencia y eficiencia. Si cualquiera de estos elementos no está presente, el sistema no funciona de manera óptima. A lo largo de la historia, se han considerado efectivos aquellos mecanismos de resolución de conflictos que logran reducir los costes de transacción, obtener

¹⁶⁶ P. ORTOLANI, "Chapter 21 Recognition and Enforcement of the Outcome of Blockchain-Based Dispute Resolution," en A. BONOMI ET AL. (eds.), *Blockchain and Private International Law*, Brill, Nijhoff, 2023, pp. 642-669.

resultados satisfactorios para las partes y disminuir la probabilidad de conflictos recurrentes.¹⁶⁷ Al mismo tiempo, estos mecanismos han de estar guiados por estándares objetivos de justicia que garanticen que las decisiones son jurídicamente conformes o sustancialmente justas.¹⁶⁸

67. Más allá de la criptoconomía, resulta incierto que el BDR pueda convertirse en el mecanismo preferente para la resolución de conflictos sobre inmuebles en el metaverso. Hasta ahora, los estudios empíricos existentes sugieren que las particularidades del *blockchain* pueden impedir una base de usuarios más amplia para este tipo de plataformas de resolución de conflictos.¹⁶⁹ De otro lado, existe un grado considerable de inestabilidad dentro del mercado cripto, motivado por una volatilidad inherente e incertidumbres regulatorias. Períodos de declives abruptos en los precios o una mayor atención regulatoria han contribuido a estas fluctuaciones, lo que puede desincentivar el despegue plataformas de resolución de conflictos que tienen en la especulación y acumulación de criptodivisas su modelo de negocio. No obstante, los avances en el desarrollo de la tecnología *blockchain*, el surgimiento de Web3 y la creciente interacción en el metaverso/VR sugieren que el BDR podría consolidar su presencia en la próxima fase de evolución de los mecanismos de resolución de conflictos.

68. Al igual que en el sector inmobiliario del mundo físico, la seguridad jurídica y la implementación de mecanismos efectivos de resolución de conflictos desempeñan un papel crucial en el mercado inmobiliario virtual, proporcionando un marco sólido para las transacciones y relaciones contractuales. En un entorno inmobiliario futuro, donde la compraventa, transferencia y arrendamiento de propiedades virtuales sean actividades recurrentes, la seguridad jurídica será un pilar fundamental. La existencia de una normativa sustantiva e internacional iusprivatista clara, respaldadas por un buen sistema de resolución de conflictos, contribuirá sin duda alguna a incrementar la confianza entre las partes involucradas.

¹⁶⁷ J. K. MARTINEZ, *Designing Online Dispute Resolution*, *Journal of Dispute Resolution*, vol. 2020, núm. 1, pp. 135-150, pp. 141-147.

¹⁶⁸ R. KOULU, *op.cit.*, p. 69.

¹⁶⁹ L. BERGOLLA ET AL., *op.cit.*, p. 98.

Alcance constitucional y europeo de la doble imposición

Constitutional and European scope of double taxation

CARLOS MARÍA LÓPEZ ESPADAFOR

*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario
Universidad de Jaén*

ORCID ID: 0000-0002-5994-2196

Recibido:18.10.2023 / Aceptado:10.01.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8427

Resumen: La doble imposición se presenta como un concepto impreciso, sin una delimitación legal general en el plano interno y que no goza de unos parámetros útiles que sirvan para limitarla. La evolución sufrida por el fenómeno de la doble imposición, tanto en el plano internacional, como en el plano interno, hace necesaria una revisión de tal concepto. La búsqueda de los parámetros jurídicos dentro de los cuales se pueda considerar legítimo o aceptable dicho fenómeno, hace necesaria la búsqueda de una concreción conceptual que resulte útil en tal sentido, para, a partir de la misma, poder redefinir los límites a las distintas formas de doble imposición. La redefinición de la doble imposición debe hacerse buscando una concreción útil de sus límites y alcance, que sirva para determinar cuándo es constitucional y cuándo acorde con los postulados del Derecho originario de la Unión Europea.

Palabras clave: doble imposición, límite, constitucionalidad, Unión Europea.

Abstract: Double taxation is a vague concept, without an internal general legal definition and without useful parameters to limit it. The evolution undergone by the phenomenon of double taxation, both internationally and domestically, requires a review of the concept. The search for the legal parameters within which to consider this phenomenon legitimate or acceptable, demands the search for a conceptual concretion which is useful in this regard, in order to, from it, redefine the limits to the different ways for double taxation. The redefinition of double taxation should be done looking for a useful concretion of its limits and scope, which serves to determine when it is constitutional and when it is consistent with the principles of primary law of the European Union.

Keywords: double taxation, limit, constitutionality, European Union.

Sumario: I. Puntos de partida. II. El concepto de doble imposición. III. Tipos de doble imposición. A. Doble imposición interna y doble imposición internacional. B. La distinción entre doble imposición material y doble imposición formal. C. Doble imposición originada por la confluencia de dos Poderes Tributarios distintos y doble imposición que encuentra su base en un único Poder Tributario. D. Doble imposición sobre un solo sujeto pasivo o sobre varios. IV. Alcance material de la problemática constitucional de la doble imposición. V. La cuantía de las acumulaciones de impuestos. VI. Constitucionalidad, racionalidad y legitimidad. VII. La implicación de la Unión Europea. VIII. Conclusiones finales.

I. Puntos de partida

1. Si del clásico concepto de doble imposición internacional, pasamos a nuevas realidades de las acumulaciones de impuestos de implicación transnacional, especialmente entrando en juego condicionamientos de Derecho de la Unión Europea, que juegan tanto en relación a nuevas realidades de la doble imposición internacional, como con respecto a casos de doble imposición interna, pero afectados por la armonización fiscal de la Unión, nos encontramos ante un esquema mucho más complejo del analizado habitualmente por la doctrina, donde a los parámetros constitucionales de actuación en materia tributaria, se unen las implicaciones del Derecho de la Unión. Así, se deben articular las necesarias respuestas jurídicas a los nuevos problemas que se plantean al efecto, en su mayor parte necesitados de una atención que en gran medida no han recibido, al haberse movido habitualmente los estudios de doble imposición en una línea bastante continuista. Esta línea esencialmente se ha venido desarrollando a la luz de los Modelos de la OCDE de convenio bilateral para evitar la doble imposición internacional y que se imponen en la práctica, como claro exponente de la globalización, incluso por encima de otros modelos existentes para las relaciones entre países desarrollados y países en vías de desarrollo, siendo desatendidos éstos e imponiéndose aquéllos. Pero más allá de la conocidísima disciplina de la OCDE al efecto, la realidad de la doble imposición va muchísimo más allá.

2. Bajo el concepto de doble imposición se ha presentado un fenómeno que, en sus diversas manifestaciones, tradicionalmente se presenta esencialmente como algo ilegítimo o no deseable. Se trata de un fenómeno que normalmente se desea evitar, pero que, como tal, no encuentra una prohibición expresa en nuestro Ordenamiento jurídico tributario de una forma generalizada en todas sus manifestaciones. Siendo un fenómeno provocado principalmente por las leyes tributarias, debería ser una norma de rango superior la que pudiese prohibirla y, como tal, en el plano interno, más allá de los textos internacionales, sólo nos encontramos con la Constitución, en la que, expresamente, no se hace. Debería ser, en caso de considerarse amparable en aquélla, una interpretación de los principios materiales de justicia tributaria consagrados en la misma y consolidada por el Tribunal Constitucional, la que, de considerarse oportuna y legítima, pudiese concretar la ilegitimidad del fenómeno.

3. Otra cosa es que, dentro del bloque de constitucionalidad, una ley orgánica prevista en la propia Constitución en algún ámbito competencial, evite o resuelva ciertos supuestos de doble imposición, como es el caso de la Ley Orgánica de financiación de las Comunidades Autónomas¹, en la colisión de los impuestos creados por los parlamentos autonómicos con los impuestos estatales y con los impuestos locales.

4. Pero una previsión en tal sentido no existe en relación a la colisión entre la imposición estatal y la imposición local. Nuestro Ordenamiento jurídico regula, como hemos apuntado, la confluencia entre los impuestos estatales y los impuestos autonómicos y la de estos últimos con los impuestos locales, estableciéndose en la LOFCA los límites a ambos supuestos y las vías de posible coordinación y compensación en su caso. Ahora bien, en los supuestos de colisión entre los impuestos estatales y los impuestos locales no encontramos normas generales que resuelvan tales casos de colisión o de doble imposición, a diferencia de lo que sucede en relación a los impuestos autonómicos, creados por ley del correspondiente parlamento autonómico; en función del Poder Tributario de las Comunidades Autónomas, que le permite aprobar o crear sus propios tributos, dentro de los referidos límites, estos problemas se evitan o solucionan en atención a los citados límites establecidos en la LOFCA y concretados por la jurisprudencia constitucional, y por las vías de coordinación o compensación con las Haciendas Locales que pueden darse.

5. Cuando se trata de la doble imposición entre un impuesto local y un impuesto estatal, nos encontramos con una colisión diferente a la que se da cuando interviene un impuesto propio de una

¹ Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre (en adelante LOFCA), modificada por la Ley Orgánica 3/2009, de 18 de diciembre; en concreto, entre las cuestiones que se vieron afectadas por tal modificación, se encuentra la colisión entre los impuestos autonómicos y los impuestos locales, dentro del artículo 6 de aquélla.

Comunidad Autónoma. Ante una colisión provocada por un impuesto autonómico, nos encontramos con un posible supuesto de doble imposición creado por leyes de dos entes públicos distintos: una ley de un parlamento autonómico y otra ley estatal, ya regule esta última un impuesto propiamente estatal o un impuesto local, dado que este último, en función de la inexistencia de poder legislativo en las Corporaciones Locales y la reserva de ley en materia tributaria, debe ser creado por ley y dicha ley debe ser estatal. Además, interviniendo un impuesto autonómico, nos encontramos con la citada LOFCA, como Ley Orgánica que impide o regula dicha doble imposición.

6. Cuando colisionan un impuesto estatal y otro local, la situación es bien distinta. Es una ley estatal la que crea el impuesto estatal en colisión y es otra ley también estatal la que crea el impuesto local con el que colisionaría aquel otro. El Estado es el responsable de dicha doble imposición, creando los dos impuestos en conflicto, aunque uno de los mismos vaya destinado a la financiación local, por ello corresponde esencialmente al Estado dar solución a los problemas de doble imposición que el mismo crea.

7. Pues bien, en este tema, la solución sólo puede estar en su misma causa: la ley estatal. Esto viene a reafirmarse con la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio, sobre la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. En el apartado 2 del artículo 218 de esta Ley se dispuso originariamente que «La Generalitat tiene competencia, en el marco establecido por la Constitución y la normativa del Estado, en materia de financiación local. Esta competencia puede incluir la capacidad legislativa para establecer y regular los tributos propios de los gobiernos locales e incluye la capacidad para fijar los criterios de distribución de las participaciones a cargo del presupuesto de la Generalitat». En el fundamento jurídico 140 de la citada Sentencia, el Tribunal Constitucional ha declarado que «según resulta de los arts. 31.3 y 133.1 y 2 CE, la creación de los tributos locales ha de operarse a través del legislador estatal, “cuya intervención reclaman los apartados 1 y 2 del artículo 133 de la Constitución”, potestad normativa que tiene su anclaje constitucional “en la competencia exclusiva sobre Hacienda General (art. 149.1.14 CE), debiendo entenderse vedada, por ello, la intervención de las Comunidades Autónomas en este concreto ámbito normativo” (STC 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 22). Se trata, en suma, de una potestad exclusiva y excluyente del Estado que no permite intervención autonómica en la creación y regulación de los tributos propios de las entidades locales». De esta forma, en el último párrafo del referido fundamento jurídico se concluye que «En consecuencia, ha de declararse inconstitucional y nulo el inciso “puede incluir la capacidad legislativa para establecer y regular los tributos propios de los gobiernos locales e” del art. 218.2 EAC», tal y como se refleja obviamente también en el fallo de la mencionada Sentencia.

8. Si de todas estas consideraciones en el plano interno, pasamos al de la doble imposición internacional, no encontramos ninguna norma de Derecho Internacional General, es decir, ningún principio general de Derecho Internacional ni ninguna costumbre internacional, que impida o prohíba el fenómeno de la doble imposición. Lo único que encontramos son normas de Derecho Internacional Convencional, normas contenidas en convenios internacionales, que impiden o limitan tal fenómeno. Suele tratarse en casi su práctica totalidad de los tradicionales convenios bilaterales para evitar la doble imposición en materia de imposición sobre la renta realizados siguiendo los parámetros del Modelo OCDE.

9. De otro lado, si, del plano del Derecho Internacional Convencional, pasamos al plano superior del Derecho de la Unión Europea, en materia tributaria nos encontramos con la paradoja de que las directivas aprobadas por las instituciones de ésta al mismo tiempo evitan y provocan la doble imposición como tendremos ocasión de comprobar, con lo cual esto ya puede hacernos cuestionarnos si el concepto de doble imposición en sí mismo debe siempre afrontarse con una visión negativa o si también deben tomarse en consideración ciertos aspectos positivos o inevitables en relación al mismo. No perdamos de vista que ciertos impuestos de titularidad estatal implicados en situaciones de doble imposición se encuentran armonizados conforme a directivas de la Unión Europea.

II. El concepto de doble imposición

10. Con el concepto de doble imposición queremos hacer referencia al fenómeno que se produce como consecuencia de que sobre una misma manifestación de riqueza incidan diversos impuestos en un mismo período impositivo o ante un mismo evento. Normalmente la doctrina para referirse a este fenómeno habla simplemente, como hemos hecho, de “doble imposición” y no de plurimposición². Pero se puede usar también el término plurimposición, ante la posibilidad de que en relación a un problema de este tipo podamos encontrarnos en algunos casos con la incidencia de más de dos impuestos. Obviamente, esto no quita que sea totalmente correcto, a nuestro entender, hablar de doble imposición cuando sean sólo dos los impuestos que inciden.

11. El fenómeno que intentamos estudiar no se mueve sólo en sede de hecho imponible, sino que se desarrolla en base a la consideración del objeto del tributo³. Mientras el hecho imponible se presentaría como el acto o situación cuya realización determina el nacimiento de la obligación tributaria, el objeto del tributo representa la manifestación de riqueza sometida a gravamen. Nosotros, bajo la denominación de doble imposición, incluimos la incidencia de dos impuestos sobre una misma manifestación de riqueza o, en su caso, sobre manifestaciones de riqueza íntimamente vinculadas, en cuanto relativas a una misma actividad o situación económica.

12. Si al dar contenido al concepto de doble imposición fuésemos excesivamente estrictos, restringiendo éste sólo a los casos en que dos impuestos actuasen sobre un mismo hecho imponible, o sea, que la realización de un mismo hecho imponible diese lugar a obligaciones tributarias por dos impuestos distintos, desembocaríamos en un concepto inútil en el análisis científico de la realidad jurídico-tributaria. Al actuar de una forma tan estricta, nos veríamos obligados a ceñirnos a una disección precisa del hecho imponible en todos sus componentes. Siguiendo a SAINZ DE BUJANDA⁴, dentro del hecho imponible se puede distinguir entre un elemento objetivo y un elemento subjetivo. Y dentro del elemento objetivo habría que distinguir entre un aspecto material, un aspecto espacial, un aspecto temporal y un aspecto cuantitativo. Si para estar ante un caso de doble imposición exigiésemos la presencia de dos impuestos con un mismo hecho imponible, necesitaríamos estar ante dos impuestos en los que coincidieran todos los elementos y aspectos mencionados. Y la existencia de dos impuestos con todos esos elementos y aspectos de sus hechos imposables coincidentes, vendría a suponer la existencia de dos impuestos en la práctica idénticos, lo cual no tendría sentido en un Sistema tributario.

13. Si el sujeto activo y el sujeto pasivo fuesen los mismos, si la situación que determina el nacimiento de la obligación tributaria es la misma, si el ámbito de aplicación territorial es el mismo, si el devengo o el período impositivo se dan de la misma forma, si el hecho imponible se mide cuantitativamente de la misma manera, o sea, si la base se calcula de la misma forma, en definitiva, si todos estos elementos y aspectos son lo mismo en dos impuestos, esos dos impuestos, aunque tuviesen una denominación distinta, en la práctica serían lo mismo. Y no tiene sentido que en un ordenamiento tributario existan dos impuestos iguales. Sería algo inútil, pues para conseguir el mismo resultado bastaría con aumentar el tipo de gravamen en uno de ellos, ahorrándose así el coste de recaudación del otro. Algo debe

² No obstante, la utilización del término «plurimposición» la podemos encontrar en F. SAINZ DE BUJANDA: *La Contribución Territorial Urbana. Trayectoria histórica y problemas actuales*, Consejo General de Cámaras de la propiedad urbana de la Comunidad Valenciana, Valencia, 1987, pág. 27.

³ Señala PÉREZ DE AYALA BECERRIL que «el fenómeno de la doble imposición será, pues, aquel fenómeno a través del cual dos o más figuras tributarias, bien abierta, bien encubiertamente, recaigan sobre un mismo objeto imponible» («El objeto del impuesto: la doble imposición y el artículo 6.2 de la L.O.F.C.A.», en la *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*, núm. 240, 1996, pág. 394). Ante esta afirmación, simplemente habría que apuntar, reiterando lo dicho *supra*, que en aquellos casos en los que intervengan más de dos figuras impositivas resulta más correcto hablar de “plurimposición” que de “doble imposición”, a pesar de la difusión tan generalizada que encuentra esta última expresión.

⁴ «Análisis jurídico del hecho imponible», en la *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*, núm. 60, 1965, págs. 840 y ss. La delimitación por SAINZ DE BUJANDA de la estructura del hecho imponible también la podemos encontrar en *Hacienda y Derecho*, IV, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1966, pp. 330 y ss.

cambiar siempre: por ejemplo el sujeto activo, la forma de cuantificar la base o su ámbito de aplicación territorial, siendo, por lo menos, el de uno más amplio que el del otro, comprendiendo aquél a éste. De no ser así, la existencia de dos impuestos con hechos imponible idénticos implicaría la existencia de dos impuestos en la práctica iguales, algo ilógico y que no encontramos en nuestro actual sistema tributario.

14. Cosa distinta es que, sin ser demasiado estrictos, buscando agilidad y facilidad de comprensión en la exposición, digamos que dos impuestos recaen sobre un mismo hecho imponible, porque simplemente coincidan, al menos parcialmente, los aspectos materiales del elemento objetivo de los hechos imponibles de los dos impuestos, resaltando la existencia de un caso de doble imposición, aunque no coincidan los restantes elementos y aspectos de sus hechos imponibles. Esto último sí lo vemos viable en análisis doctrinales de la realidad tributaria. Piénsese, por ejemplo, en la doble imposición que, en este último sentido, se podría reconocer entre el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas⁵ y el Impuesto municipal sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana.

15. Pero aun así, desde esta última perspectiva más amplia, si los aspectos materiales del elemento objetivo de los hechos imponibles de dos impuestos son similares, es muy probable que el objeto de gravamen de ambos impuestos sea casi el mismo, lo cual volvería a reconducir el tema de la doble imposición desde el ámbito del hecho imponible al del objeto de gravamen.

16. Una distinción de conceptos que se sitúa en la base de esta problemática la encontramos en SAINZ BUJANDA, quien señalaba lo siguiente: «El objeto del hecho imponible es una expresión equivalente a la de presupuesto objetivo de la obligación tributaria, es decir, la situación de hecho -eliminado su aspecto subjetivo, que forma parte del presupuesto de hecho, considerado en su totalidad, pero no, como es obvio, de su elemento objetivo- que hace nacer la obligación tributaria; el objeto del tributo es la manifestación de la realidad económica -v. gr.: la renta, cuando se obtiene o cuando se gasta-, que se somete a imposición; la riqueza imponible son los bienes, rentas, patrimonios, u otros objetos materiales o ideales, intrínsecamente considerados -abstracción hecha, por tanto, de la forma en que se manifiestan, que es el objeto del tributo- que forman parte del presupuesto objetivo de la obligación; los bienes gravados no son, en fin, sino una especie de riqueza imponible»⁶.

17. Más concretamente, FERREIRO distingue entre «objeto material» y «objeto-fin» del tributo, refiriéndose el primero a la riqueza efectivamente gravada por cada tributo, mientras el segundo consiste en la riqueza que se quiere gravar, entendida como fin o fines del tributo⁷.

18. En modo alguno debemos afrontar esta diferenciación entre objeto material y objeto fin del tributo entendiendo que sean dos manifestaciones de riqueza distintas las que grava al mismo tiempo un solo impuesto. Cada impuesto sólo grava realmente una manifestación de riqueza, pero en ocasiones se plantea el problema de determinar cuál sea ésta.

19. En ocasiones para determinar qué es lo que realmente grava un impuesto debemos fijarnos, más que en la apariencia del tenor literal de la Ley que lo regula al describir su hecho imponible o su objeto de gravamen, en la forma de cuantificarse su base imponible. En ocasiones será esto último lo que determine qué manifestación de riqueza se está gravando realmente.

20. Esto sin perjuicio de impuestos donde existe una traslación jurídica de la carga tributaria o de impuestos en los que, al menos, se propicia una traslación económica de la misma. Impuestos que, aun gravando por ejemplo un acto de tráfico de bienes o una transmisión, a través de los mecanismos descritos lo que consiguen es recaer realmente sobre el consumo.

⁵ En adelante IRPF.

⁶ *Hacienda y Derecho*, IV, cit., pág. 336.

⁷ «El objeto del tributo», en la *Revista española de Derecho Financiero*, núm. 10, 1976, págs. 229 y ss. Del objeto del tributo ya se había ocupado FERREIRO en su obra «Contribución Territorial Urbana: El objeto del tributo», en *Hacienda Pública Española*, núm. 22, 1973, pp. 24 y ss.

30. Pues bien, nos encontramos ante una serie de casos en los que esa diferenciación entre objeto material y objeto fin, lejos de indicar que realmente se gravan dos manifestaciones de riqueza distintas, a nuestro entender sirve, al menos desde una perspectiva didáctica, para determinar lo que realmente se está sometiendo a imposición.

31. En la delimitación de los conceptos en análisis, en la interpretación del artículo 6 de la LO-FCA, el Tribunal Constitucional ha señalado: «Por materia imponible u objeto del tributo debe entenderse toda fuente de riqueza, renta o cualquier otro elemento de la actividad económica que el legislador decida someter a imposición, realidad que pertenece al plano de lo fáctico. Por el contrario, el hecho imponible es un concepto estrictamente jurídico que, en atención a determinadas circunstancias, la Ley fija en cada caso “para configurar cada tributo y cuya realización origina el nacimiento de la obligación tributaria”, según reza el artículo 28 de la vigente⁸ Ley General Tributaria»⁹.

32. Ha destacado FERREIRO que «la riqueza que se quiere gravar puede no estar incorporada a las normas que regulan el tributo. Puede, por tanto, desde luego, no estar incorporada a la norma que define su hecho imponible». Añade que «la riqueza que se quiere gravar pertenece así al mundo de los fines del legislador y puede no estar expresamente indicada en las normas que regulan el tributo». Pero, de otro lado, señala este autor que «en cambio, la riqueza gravada por el tributo sí ha de estar incorporada a la normativa del tributo y precisamente, es obvio, a la norma que define el hecho imponible»¹⁰. Por otra parte, señalaba ALBIÑANA que «el ordenamiento jurídico de cada impuesto no debe silenciar la capacidad económica que fundamenta su establecimiento o su subsistencia. El objeto imponible es la definición legal de la capacidad económica a gravar, y de aquí que deba estar presente en su ley reguladora si la capacidad económica, como parece obvio, es nervio y aliento del impuesto justo»¹¹.

33. Si tomamos como ejemplo el artículo 1 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, en el mismo se señala que este Impuesto es un tributo que «recae sobre el consumo», aunque sean otras las operaciones gravadas. El gravamen de la manifestación de riqueza que supone el consumo sería el objeto-fin del tributo, pues, independientemente de que se grave el tráfico de bienes y servicios, el mecanismo de la repercusión del Impuesto sobre el Valor Añadido hace que este Impuesto incida sobre el consumo de los mismos. Así pues, en relación a este Impuesto, el objeto-fin del tributo encontraría incluso un reflejo expreso en la letra de la Ley. Y aunque no existiese tal referencia expresa, el mecanismo de aplicación del Impuesto dejaría ver la verdadera finalidad del mismo.

34. De todas las consideraciones efectuadas se desprende que el objeto del tributo se mueve en el plano jurídico, pues tanto la riqueza efectivamente gravada, como la que se encuentra en la intención última del legislador, encuentran un reflejo en la ley, si no expresamente en ocasiones, sí al menos deducible del análisis de la misma. Por ello vemos poco afortunada la referencia que hemos recogido del Tribunal Constitucional al «objeto del tributo» como «realidad que pertenece al plano de lo fáctico»,

⁸ En ese momento.

⁹ Fundamento Jurídico 14 de la Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1987, de 26 de marzo. En el mismo sentido y con remisión a la Sentencia anterior, se pronunció el Tribunal Constitucional en el Fundamento Jurídico 4 de su Sentencia 186/1993, de 7 de junio.

¹⁰ «El objeto del tributo», *cit.*, pág. 234.

¹¹ *Sistema Tributario Español y Comparado*, Segunda edición, Tecnos, Madrid, 1992, pág. 76. De otro lado, TEJERIZO, a la vista del artículo 1 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, dedicado a la «naturaleza y objeto» de este Impuesto, ha señalado que «no es habitual que las normas que regulan las distintas figuras tributarias aludan a estos extremos, y aunque la opinión de algunos autores es favorable a tal circunstancia, creemos que estas normas definidoras no añaden nada a la regulación del tributo, incluso en una opinión extrema se podría negar a este tipo de preceptos la categoría de normas jurídicas por cuanto no incorporan un mandato imperativo. Sin llegar a mantener esta postura, lo que queremos indicar es que la naturaleza, y aun el objeto de gravamen, se pueden extraer del conjunto de la regularización del tributo, sin necesidad de su mención expresa, que únicamente cumpliría una función didáctica» («El hecho imponible en el Impuesto sobre Sucesiones», en *La fiscalidad de las sucesiones y las donaciones*, 2ª edición, Lex Nova, Valladolid, 1991, p. 19). De todas formas, se ha ido convirtiendo en usual que el legislador se pronuncie expresamente en la Ley propia de cada impuesto sobre el objeto de gravamen y naturaleza del mismo.

sobre todo si se tiene en cuenta que seguidamente afirma que «por el contrario, el hecho imponible es un concepto estrictamente jurídico».

35. En relación a un mismo objeto impositivo o riqueza gravada el legislador tributario puede tomar en consideración distintas circunstancias o situaciones que delimiten distintos hechos imposables. Esto puede determinar que distintos hechos imposables produzcan una doble imposición o plurimposición en relación a un mismo objeto impositivo o manifestación de riqueza gravada.

36. Con respecto al fenómeno de la plurimposición, hablaba EINAUDI¹² de «el mito de los dobles de impuesto» («*il mito dei doppi d'imposta*»). Señalaba que la doble imposición, después de la de los fantasmas, se presenta como «otra obsesionante aparición propia de la escena financiera. Tan obsesionante, que los más la ven donde ella en realidad no existe». Se planteaba este autor -a la luz del Ordenamiento tributario italiano en su tiempo- si fuese quizás una doble imposición el estar obligados a pagar al Erario del Estado primero el impuesto sobre los terrenos y después el impuesto complementario sobre la renta, y después incluso los gravámenes sobre los bienes de consumo adquiridos con la misma renta. A tal interrogante respondía negativamente, señalando que el legislador puede recaudar una determinada cantidad de un solo golpe o dividir su pago en varias cuotas, llamando a una impuesto sobre la renta de los terrenos, a la otra impuesto complementario sobre la renta y a la tercera, o a un conjunto de terceras, impuestos sobre los diversos bienes de consumo. Destacaba este autor que aquí no existe una doble imposición, sino un mero fraccionamiento entre varios títulos impositivos de una sola carga impositiva, fraccionamiento querido por comodidad de la Hacienda Pública y por un más fácil aliciente a pagar para el contribuyente.

37. Añadía EINAUDI que no es, igualmente, un caso de doble imposición «el pagar, por el mismo título, por ejemplo de posesión de terrenos, impuestos al Estado, a la provincia, al municipio, al consorcio de regadíos o de carreteras, a la asociación sindical, al instituto de aseguración por los infortunios agrícolas etc. etc.». Este autor al respecto señalaba: «¿Es quizás un *doppio* proveer, con la misma renta, a los servicios recibidos del panadero, del carnicero, del sastre, del zapatero, del encargado de la casa y así indefinidamente? Por la misma razón, no es un *doppio* proveer a pagar, con aquella única renta, con la cual se adquieren a decenas o a centenares los deseados bienes privados, también los distintos servicios de las categorías de entes públicos, los cuales tienen poder impositivo. El Estado provee a las vías de gran comunicación; la provincia a las que afectan a varios municipios, el municipio a las propias de su territorio, el consorcio a la pequeña carretera vecinal. ¿Por qué no se debería tributar a los cuatro entes?».

38. Explicando en qué consistía verdadera y solamente la doble imposición para él, EINAUDI señalaba: «El *doppio* no surge cuando se paga dos veces sobre la misma renta, o a dos entes distintos. Aquí, quizás, existe el *troppo* (demasiado). El *doppio* surge cuando *le mort saisit le vif*, cuando *la forme prime le fond*, cuando la lógica formal se sobrepone a la lógica sustancial, cuando el legislador se deja arrastrar por la lógica aparente de una definición, de un sistema, de un instrumento a imaginar la existencia de algo que no existe en la realidad o, si existe, tiene dimensiones menores que las imaginadas. El *troppo* puede ser impuesto por la necesidad y ser consciente y razonadamente querido. El *doppio* es hijo del error. También el error puede ser querido; pero es querido hasta que no se descubre que es un error». Añadía este autor que «quizás, en vez de *doppio d'imposta*, se podría hablar de un *incongruo od illogico d'imposta*; pero el uso de la palabra “*doppio*” es también apropiado porque ayuda a hacer ver que en la base del error está un juego visivo por el que la misma renta, la misma cosa, cambiada de aspecto, aparece ante los ojos del legislador dos o más veces, haciéndole cambiar un fantasma jurídico por una realidad sustancial». Señalaba EINAUDI que a veces la doble imposición es «grosera» y a todos aparente, siendo otras veces sutil y estando escondida. Destacaba este autor que quizás la doble imposición más grosera es la de la reaparición de la misma renta primero bajo la especie de renta de una sociedad mercantil y después de renta de los accionistas de la misma sociedad.

¹² *Miti e paradossi della giustizia tributaria*, seconda edizione, Giulio Einaudi Editore, Torino, 1967, pp. 38 a 46.

39. La delimitación del concepto de doble imposición que hacía EINAUDI no nos sirve para abarcar la complejidad del fenómeno que intentamos estudiar. Las delimitaciones conceptuales de este autor se movían en un ámbito más reducido de lo que hemos expuesto y presentaremos en las páginas posteriores como doble imposición.

40. Recapitulando hasta aquí, podríamos decir, pues, que el fenómeno de la doble imposición o plurimposición vendría ocasionado principalmente por la configuración de una pluralidad de hechos imponibles sobre un mismo objeto de gravamen.

41. El fenómeno de la plurimposición se presenta en ciertos casos como inevitable, pero no debería sobrepasar ciertos límites. Las manifestaciones de riqueza u objetos de gravamen imaginables, aunque se especifiquen desde distintas perspectivas, en principio son limitados. Y para contemplar la capacidad económica global de un sujeto y conseguir que cobre actuación práctica la autonomía financiera de entes menores al Estado en su dimensión de entes con Poder Tributario, se presenta como necesario e inevitable y, en algún caso, a lo mejor hasta conveniente¹³, que un mismo objeto de gravamen o manifestación de riqueza sirva para estructurar, desde distintas perspectivas, una diversidad de hechos imponibles, provocando situaciones de sujeción a varios impuestos. Lo que no se puede permitir es que se produzca una acumulación de impuestos, de tal forma estructurados individualmente y en su globalidad, que pueda llegar a extremos confiscatorios.

42. Existen tres-cuatro índices generales de capacidad económica: la renta, el patrimonio, el consumo y el tráfico de bienes. Un sistema impositivo podría imaginarse en base a sólo cuatro impuestos generales: uno sobre la renta, otro sobre el patrimonio, otro sobre el consumo y otro sobre el tráfico de bienes (y esto sin perjuicio de los problemas que puede presentar la delimitación entre las ideas de consumo y tráfico de bienes, en cuanto realidades vinculadas entre sí). Si sólo existiesen esos cuatro impuestos en un sistema tributario no se darían, en principio, en sentido estricto, problemas de doble imposición o plurimposición interna. Pero también es posible que las finalidades, objetivos y funciones a que debe dar cumplimiento la mecánica de un sistema impositivo moderno, no encontrasen su mejor forma de actuación en un sistema que sólo se compusiese de esos cuatro impuestos. Es por ello por lo que veríamos como necesario el fenómeno de la doble imposición, siempre y cuando no se sobrepasen ciertos límites racionales, jurídicos y económicos, de los que los Estados contemporáneos frecuentemente prescinden y que la Unión Europea no ha sabido acotar convenientemente.

III. Tipos de doble imposición

A. Doble imposición interna y doble imposición internacional

43. Tradicionalmente se distingue entre doble imposición interna y doble imposición internacional¹⁴. La doble imposición interna se daría en aquellos supuestos ocasionados por la incidencia del Poder Tributario estatal o por la de los Poderes Tributarios de entes integrados en el territorio del Estado, pero de menor dimensión que éste, como, por ejemplo, Comunidades Autónomas o municipios. Serán los impuestos de entes integrados dentro de un único territorio estatal los que pueden producir una doble imposición interna. En los casos de los Estados federales los problemas ocasionados en esta materia por los tributos de los Estados que integran la federación de Estados entre sí o por los de uno de éstos en su confluencia con impuestos de la federación serán problemas de doble imposición interna¹⁵. Piénsese en

¹³ Piénsese, además, en posibles motivaciones extrafiscales.

¹⁴ Frente a ello, INGROSSO usaba el concepto «doble imposición» sólo para hacer referencia a los casos de doble imposición internacional, hablando, por el contrario, de «*imposizione multipla*» para hacer referencia a los casos en que se da sobre un mismo bien la incidencia de impuestos distintos o de impuestos de entes de Derecho Público distintos dentro de un mismo Estado (*Istituzioni di Diritto Finanziario*, Vol. II, Jovene, Napoli, 1937, p. 762).

¹⁵ Distinguía XAVIER entre «doble tributación internacional» y «doble tributación interterritorial», refiriendo la primera a la

que, en los supuestos de Estados federales, cada uno de los Estados que componen la federación no se rige en sus relaciones con ésta y con los demás Estados integrantes de la misma revestido de soberanía internacional. Es la federación de Estados la que aparece dotada de soberanía internacional frente a Estados extranjeros, o sea, ante Estados no integrados en la federación.

44. La doble imposición internacional se daría en aquellos casos en que confluye el Poder Tributario de un Estado -o de alguno de los entes integrados en su estructura territorial- con el Poder Tributario de otro Estado -o de alguno de sus mencionados entes de dimensión menor- o con el Poder Tributario de una organización internacional. Además de los casos tradicionalmente estudiados por la doctrina de doble imposición internacional ocasionada por la incidencia sobre una misma manifestación de riqueza de los impuestos de dos Estados distintos, se deberían tener en cuenta así también los posibles problemas ocasionados por la confluencia del Poder Tributario de las organizaciones internacionales con el Poder Tributario de los Estados.

45. Las organizaciones internacionales suelen ser titulares de un impuesto sobre los sueldos, salarios y emolumentos de sus funcionarios y agentes. Para evitar la doble imposición efectiva entre estos impuestos y los impuestos que en los Estados miembros de la correspondiente organización internacional gravarían la renta de tales funcionarios y agentes, a través de convenios internacionales normalmente se establece la exención en los impuestos de los Estados miembros de los rendimientos satisfechos a sus funcionarios y agentes por la organización y gravados por ésta.

46. Pero la Unión Europea nos muestra cómo el Poder Tributario de las organizaciones internacionales no tiene porqué reducirse al mencionado impuesto sobre los salarios de sus funcionarios y agentes, al ser titular también de otros recursos propios de naturaleza tributaria -como los derechos de aduana¹⁶-, que podrían en teoría ocasionar -y en la práctica ocasionan- casos de doble imposición con tributos de los Estados miembros, supuestos que habría que calificar de doble imposición internacional. No serían, sin embargo, supuestos de doble imposición internacional los ocasionados por la confluencia, dentro de un mismo Estado, de impuestos armonizados por la Unión Europea, pero de titularidad estatal, con otros impuestos también estatales, hayan sido o no objeto de armonización fiscal. De esta forma, por ejemplo, calificaríamos de doble imposición internacional la confluencia de los derechos de aduana con el Impuesto sobre el Valor Añadido y de doble imposición interna la confluencia de este último con los impuestos especiales, sin perjuicio de que también se pueda dar una doble imposición internacional entre éstos y los derechos de aduana.

47. Existen supuestos concretos, casos económicos individualizables, que pueden hacer surgir al mismo tiempo problemas de doble imposición interna y de doble imposición internacional. Se trataría de realidades económicas únicas a las que se vincularían estructuras de doble imposición interna e internacional, pero pudiéndose distinguir en la teoría y en la práctica los problemas relativos a uno y otro tipo de doble imposición.

B. La distinción entre doble imposición material y doble imposición formal

48. Siguiendo a FASOLIS¹⁷, se puede distinguir entre doble imposición material y doble imposición formal. Señalaba este autor que la doble imposición material no se presenta como expresamente deseada en un sistema fiscal que se inspire en un justo y general reparto de las cargas tributarias,

colisión de sistemas fiscales de Estados soberanos distintos y la segunda a la colisión de ordenamientos tributarios que correspondan a «espacios fiscales autónomos dentro de un mismo Estado, como los Estados federados, los cantones, las regiones o los territorios» (*Direito Tributário Internacional do Brasil*, Editora Resenha Tributária, Sao Paulo, 1977, pp. 59 y 60).

¹⁶ Vid. D. GARCÍA GUERRERO: «Los desafíos de la Unión Europea en materia aduanera en orden a un mayor control del fraude a nivel global», en *Los nuevos retos de la fiscalidad de la Unión Europea*, UJA Editorial, Jaén 2023, p. 219.

¹⁷ *Le doppie imposizioni*, Casa Editrice S. Lapi, Città di Castello, 1914, pp. 15-16 y 24-25.

mientras que la doble imposición formal se presenta como querida y deseada por el legislador. Destaca que la doble imposición formal no constituye propiamente algo injusto, sino más bien un medio de técnica fiscal para obtener un mayor agravio del sujeto pasivo en función de su mayor capacidad contributiva o bien para intentar luchar contra la excesiva disparidad de las riquezas. La doble imposición formal tendría así un doble objetivo, uno propiamente financiero y de justicia tributaria y otro socio-económico.

49. Si tuviésemos que trasladar esta clasificación conceptual de FASOLIS a nuestro actual Ordenamiento jurídico-tributario, nos encontraríamos con que, para gravar en mayor medida una superior capacidad contributiva, el método elegido por el legislador tributario no suele ser (o no debería ser en principio) el de superponer figuras tributarias, sino el de hacer más progresivos los tipos de gravamen. De todas formas, alguna diferenciación entre distintos tipos de contribuyentes a través de una cierta superposición de figuras impositivas sí se realiza en nuestro sistema tributario. Piénsese, por ejemplo, en cierta medida y con las correspondientes matizaciones, en la confluencia entre el IRPF y el Impuesto sobre el Patrimonio (sin dejar de tomar en consideración los beneficios fiscales en ciertas Comunidades Autónomas, que en la práctica lo dejan sin aplicación en ellas), a lo que a su vez se ha añadido el Impuesto Temporal de Solidaridad de las Grandes Fortunas.

50. Si un sujeto vive de su trabajo, por obtener las rentas derivadas del mismo tributará en el IRPF. Ahora bien, si otro sujeto, con el mismo nivel de renta que el anterior, obtenía tales rentas del capital, no sólo tiene que tributar por las mismas en el IRPF, sino que, además, por la titularidad del citado capital, podría llegar a tener que tributar en el Impuesto sobre el Patrimonio. Ya fuese porque se reconocía un mayor nivel de capacidad económica por el hecho de ser titular de un capital, dado que el mismo mañana puede seguir existiendo aunque una persona podría perder su capacidad de trabajo (aunque un capital también puede desaparecer y la pérdida de la fuerza de trabajo reemplazarse por el derecho a una pensión), ya fuera porque la distinta condición de trabajador o “capitalista” merecieron en un determinado momento una diferente contemplación desde los esquemas de justicia tributaria imperantes en la comunidad socio-jurídica, lo claro es que los dos tipos de contribuyentes, trabajador y capitalista -aunque en la práctica social esta diferenciación entre sujetos no se encuentre ya tan polarizada y cada vez sea más frecuente que se mezclen las figuras aunque sólo sea por los ahorros de los trabajadores-, podrían encontrar una diferenciación de trato al poder llegar a tener que hacer frente el segundo, en principio, al pago del Impuesto sobre el Patrimonio, con las correspondientes excepciones derivadas de la normativa de ciertas Comunidades Autónomas. Pero a ello, ante un determinado volumen de patrimonio, se añadiría el Impuesto Temporal de Solidaridad de las Grandes Fortunas, en una línea que se fue abandonando por los demás Estados miembros de la Unión Europea, pero adoptada por el nuestro.

51. De otro lado, buscando también ejemplos de casos que pudieran reconducirse, dentro de nuestro Ordenamiento jurídico-tributario al concepto apuntado por FASOLIS de doble imposición formal, podríamos detenernos en el caso de los impuestos propios que ciertas Comunidades Autónomas crearon sobre la titularidad de tierras infrutilizadas. Aquí estaba clara la vocación extrafiscal de estos impuestos, tendentes a buscar una producción de la tierra en zonas donde, además, el paro agrícola era alto. Lo que sucedía es que estos impuestos, aunque extrafiscales, no eran ajenos al principio de capacidad económica o a la mayor capacidad económica de sus sujetos pasivos, desde el punto y hora en que el ser propietario de tierra rústica y no utilizarla demostraría capacidad económica en el sentido de no tener necesidad de utilizar la tierra que se tiene. O sea, sujetos que, dada su riqueza, no se verían necesitados ni siquiera de explotar la tierra de que son titulares. Desde esta perspectiva, dado que el titular de esas tierras tenía que tributar por tal titularidad también, en principio, por el Impuesto sobre el Patrimonio y por el Impuesto sobre Bienes Inmuebles, se daba una plurimposición que intentaba gravar en mayor medida a un sujeto en función de la mayor capacidad económica que tuviese.

52. Pero nosotros, intentando darle un mayor alcance práctico al concepto de doble imposición formal y, así, a la distinción entre doble imposición material y formal, extenderíamos también esta últi-

ma a aquellos casos en que la doble imposición aparece provocada por un impuesto extrafiscal. De tal forma que la superposición de un impuesto con otro se deba, no necesariamente a la contemplación de una mayor capacidad contributiva, sino a la consecución de cualquier finalidad amparada constitucionalmente, como pueden ser ciertos objetivos extrafiscales, aunque en realidad éstos nos vienen marcados esencialmente desde la Unión Europea.

53. Por tanto, propondríamos mantener esta distinción, dándole un mayor alcance práctico, siguiendo hablando de doble imposición material para aquellos casos de acumulación de gravámenes que pudiesen resultar contrarios a los principios de justicia tributaria o, al menos, a una construcción racional del Sistema tributario, pero hablando de doble imposición formal también cuando la superposición de figuras tributarias es utilizada activamente por el legislador tributario para conseguir una finalidad amparada constitucionalmente, como puede ser un objetivo extrafiscal.

54. Piénsese, en este sentido, pudiendo calificarse de casos de doble imposición formal, en la confluencia del Impuesto sobre el Valor Añadido con los impuestos especiales, en cuanto impuestos que gravan consumos de productos específicos que pueden tener efectos nocivos para la sociedad o que implican unos elevados costes sociales, intentando conseguir, con la más elevada presión fiscal que en tales casos estos impuestos provocan, reducir los citados consumos. Estaríamos hablando de una colisión entre impuestos de titularidad estatal, pero en los que tienen un especial protagonismo las directivas de armonización fiscal de la Unión Europea.

C. Doble imposición originada por la confluencia de dos Poderes Tributarios distintos y doble imposición que encuentra su base en un único Poder Tributario

55. Nuestro Estado es de estructura territorial compleja. La parte orgánica de nuestra Constitución de 1978 se ocupa de la delimitación e interrelación de los poderes de los distintos entes públicos del territorio nacional. Dispone el artículo 137 de nuestra Constitución que «el Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan. Todas estas Entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses». Entre los poderes de estos entes destaca como esencial su Poder Tributario.

56. Nuestra Constitución nos presenta una estructura territorial descentralizada, donde tanto el Estado como las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales son titulares de un Poder Tributario para poder hacer frente a su autonomía financiera. En un Estado centralizado se puede entender que el Poder Tributario del Estado sea “originario” y el de los otros entes territoriales menores al mismo “derivado” de aquél. Pero no sucede así en un Estado descentralizado como el nuestro. Por ello, cuando nuestra Constitución dispone en su artículo 133.1 que «la potestad originaria para establecer los tributos corresponde exclusivamente al Estado, mediante ley», esta referencia a la «potestad originaria» del Estado en materia tributaria no puede ser entendida en el sentido de que el Estado sea el origen del Poder Tributario de los otros entes territoriales, dado que el apartado 2 del mismo artículo 133 de la Constitución dispone que «las Comunidades Autónomas y las Corporaciones locales podrán establecer y exigir tributos, de acuerdo con la Constitución y las leyes». Se presenta así la Constitución como el fundamento jurídico no sólo del Poder Tributario del Estado, sino también del Poder Tributario de estos otros entes. Ha sido el pueblo el que a través de la Constitución ha concedido Poder Tributario a las Comunidades Autónomas y a las Corporaciones Locales y no el Estado a través de la Ley.

57. La expresión «potestad originaria» referida en este contexto al Estado sólo puede identificarse así con que la Constitución es el único límite jurídico al Poder Tributario del Estado -dejando ahora al margen de nuestras consideraciones las implicaciones en materia tributaria del Derecho de la Unión Europea, que de todas formas encuentran anclaje en nuestra Constitución en su artículo 93-, mientras

que el Poder Tributario de las Comunidades Autónomas y el de las Corporaciones Locales puede verse limitado o regulado por la ley estatal, pero sólo en cuanto lo permita la Constitución¹⁸.

58. El artículo 31.3 de nuestra Constitución dispone que «sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley». En materia tributaria rige el principio de legalidad y su especificación el principio de reserva de ley. No puede crearse un tributo si no es a través de una ley. Las Comunidades Autónomas poseen capacidad legislativa dentro del ámbito de sus competencias. Así, en tal ámbito y respetando los límites establecidos por la Constitución, pueden crear tributos a través de las leyes de sus propios Parlamentos autonómicos. Debemos recordar que las leyes autonómicas no se encontrarán con respecto a las estatales en una relación de jerarquía, sino de competencia, debiendo moverse unas y otras en sus respectivos ámbitos competenciales delimitados por la Constitución y los Estatutos de Autonomía.

59. Distinta es la situación de las Corporaciones Locales, las cuales no pueden crear leyes y, por lo tanto, tampoco leyes tributarias. El establecimiento de un tributo y la regulación de sus elementos esenciales sólo puede producirse mediante ley. Y dado que, como acabamos de señalar, las Corporaciones Locales no poseen capacidad legislativa, éstas no podrán crear leyes tributarias.

60. El artículo 142 de nuestra Constitución dispone que «las Haciendas locales deberán disponer de los medios suficientes para el desempeño de las funciones que la ley atribuye a las Corporaciones respectivas y se nutrirán fundamentalmente de tributos propios y de participación en los del Estado y de las Comunidades Autónomas». Junto a esto debemos recordar que el artículo 133.2 de la Constitución habla de la posibilidad de las Corporaciones Locales de establecer y exigir tributos. Entonces ¿cómo debemos interpretar el poder de establecer tributos de éstas si no poseen potestad legislativa? Las Corporaciones Locales deberán partir de las leyes estatales y, en base a éstas, deberán exigir los tributos que en las mismas se presenten como de establecimiento obligatorio y podrán optar o no por establecer a través de sus ordenanzas -que son manifestación de potestad reglamentaria- los tributos que en aquéllas se presenten como de establecimiento facultativo. Con respecto a unos y otros, las Corporaciones Locales, en uso de su potestad reglamentaria, podrán desarrollar los aspectos de sus tributos que las leyes estatales, previa delimitación de sus elementos esenciales, dejan a la competencia de aquéllas, respetando los límites del principio de legalidad y de la reserva de ley en materia tributaria.

61. La intervención de distintos entes públicos en la vida tributaria dentro de nuestro Ordenamiento jurídico se presenta en la base de problemas de doble imposición interna, debido a la incidencia sobre una misma manifestación de riqueza de tributos de los mencionados entes públicos diferentes. Esto no quita que exista también la doble imposición ocasionada por varios impuestos de un mismo ente público.

62. Aun admitiendo la existencia de una esencial coordinación entre los distintos niveles impositivos internos, no por ello desaparecen los casos de doble imposición interna en nuestro Ordenamiento jurídico. Las manifestaciones de capacidad económica son limitadas y si se quiere dotar de impuestos a los distintos niveles de entes con autonomía financiera, necesariamente nos encontraremos con el fenómeno de la doble imposición interna, dado que los posibles objetos de gravamen -y sobre todo en su contemplación más general- se ven sometidos a los impuestos estatales. Así pues, en principio, la articulación de impuestos de los que sean titulares entes inferiores al Estado, conllevará, en general, la doble imposición sobre los objetos impositivos ya gravados por este último¹⁹.

¹⁸ Piénsese en la citada LOFCA en relación a las Comunidades Autónomas y en el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales en relación a las Corporaciones de este tipo. Dicho Texto Refundido fue aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo.

¹⁹ Sobre este problema, en relación a las Haciendas Locales, se detiene CALVO ORTEGA, poniendo de manifiesto que «el avance de los grandes impuestos sobre la renta, sobre los incrementos patrimoniales (en el supuesto de que constituyan una figura independiente), sobre el patrimonio y sobre el consumo, cada vez más generales y más personificados, deja un estrecho margen a la imposición municipal propia, entendiéndose por tal aquella que tradicional y actualmente tiene un objeto de gravamen no sometido a

63. Otra cosa será ver las medidas que se pueden utilizar para amortiguar la doble imposición entre los distintos niveles impositivos, o sea, entre los impuestos del Estado y los de los otros entes públicos. Y en este sentido se podrían dar diversas opciones. Desde luego, si se opta por no dotar a los entes inferiores al Estado de un impuesto que podría entrar en colisión con uno estatal, se evitaría esa doble imposición; el Estado debería, en tal caso, compensar al ente menor con transferencias o subvenciones con cargo a fondos del Presupuesto estatal, para suplir las necesidades financieras que la falta de ese impuesto ocasionaría al ente menor. Por otra parte, si es la Ley estatal la que, dando plasmación a un esquema básico previsto en la Constitución, debe regular el establecimiento de los impuestos de los entes menores, o las directrices conforme a las cuales éstos deban estructurarse, esa misma Ley estatal podría prohibir al ente menor el establecer el impuesto, si es éste un ente menor que en principio puede establecer tributos²⁰; o bien, si fuese la propia Ley estatal la que estableciera el impuesto del ente menor, esa Ley estatal podría amortiguar la doble imposición reduciendo la presión fiscal en los impuestos en colisión. Y esto último lo podría hacer reduciendo la cuantía de la carga tributaria a través de tipos de gravamen bajos o no demasiado altos en uno o en los dos impuestos, o bien considerando a uno de los impuestos gasto deducible para calcular la base imponible del otro, o, como más efectivo en orden a eliminar la correspondiente doble imposición, permitiendo la deducción de la cuota de uno de los impuestos en la cuota del otro.

64. En relación a la posibilidad de deducción de la cuota de uno de los impuestos en colisión para la determinación de la deuda tributaria por el otro, -desde una perspectiva hacendística y a la luz de los problemas del federalismo fiscal de Estados Unidos y Canadá- DUE y FRIEDLANDER señalan que «un crédito total por el impuesto pagado a la unidad inferior de gobierno contra la deuda de impuesto a una superior elimina los problemas de concurrencia de varios poderes fiscales e incrementa así la capacidad de imposición de las unidades inferiores, pero no elimina de por sí la redundancia administrativa». Destacan estos autores que «de esta forma se elimina el temor de las unidades menores de aplicar el impuesto para no experimentar un receso en la actividad económica; si alguna unidad no aplica el gravamen, sus residentes no pagarán menos impuesto, dado que el gobierno central recibirá todos los ingresos. La puesta en práctica del sistema sin un aumento en las tasas impositivas del gobierno central aumenta la capacidad de imposición de las unidades inferiores comparada con la de aquél». Añaden estos autores que «si se concede el crédito nada más que por una parte del impuesto pagado en vez de por el total, la doble imposición desaparece sólo en parte. En el caso que el impuesto sea deducible como gasto para la determinación de la renta imponible y no del gravamen abonable de la unidad superior, el gobierno de ésta sufraga sólo una parte del costo del aumento en los impuestos de la unidad inferior»²¹.

65. Ante cada supuesto se debería analizar qué método para evitar o atenuar la doble imposición interna sería el más conveniente y acorde con la realidad económica que se quiere gravar.

66. Todo acto de delimitación, diferenciación o división del Poder Tributario entre distintos entes conlleva necesariamente la creación de unas reglas para que los Poderes Tributarios diferenciados de esos entes no colisionen entre sí, o para que, en caso de colisionar, no se trate propiamente de una colisión, sino de una confluencia armonizada. Confluencia que, en principio, respondería a las necesidades recaudatorias de los entes titulares de los distintos Poderes Tributarios, y armonización que, principalmente, respondería a las garantías, derechos y necesidades del contribuyente, en cuanto plasmación

los citados impuestos estatales. La doble imposición (un mismo sujeto es gravado dos o más veces por el mismo hecho imponible y, en el caso que nos interesa, por dos poderes tributarios diversos) parece punto menos que inevitable» («Principios tributarios y reforma de la Hacienda municipal», en *La Reforma de las Haciendas Locales*, Tomo I, Lex Nova, Valladolid, 1991, pág. 37).

²⁰ Piénsese en la prohibición, contenida en la LOFCA, de establecimiento de impuestos autonómicos con el mismo hecho imponible ya gravado por un impuesto estatal o piénsese en los límites que se dan, en base a esa misma Ley, en relación igualmente a los tributos propios de las Comunidades Autónomas, con respecto a los hechos y materias imponibles gravadas por los impuestos locales (artículo 6).

²¹ *Análisis económico de los impuestos y del sector público* (Traducción al castellano por Ateneo de Buenos Aires; supervisión de la traducción por E.J. REIG), Editorial de Derecho Financiero, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1990, pág. 620.

de los principios constitucionales de justicia tributaria y de reparto justo de la carga tributaria. Sin duda alguna, es obvio también que tal armonización, armonía o integración, debe responder igualmente a intereses generales del ente, como pueda ser el fomento de la riqueza general.

67. Cuando los Estados, como entes soberanos²², confluyen entre sí en relación a pretensiones de naturaleza tributaria, debe ser un acuerdo de los mismos el que determine los criterios de confluencia o armonización. Y esto salvo que exista una tercera instancia -piénsese en el caso de la Unión Europea, forjada bajo los esquemas de la integración y la supranacionalidad y no bajo los esquemas de las simples organizaciones internacionales de cooperación- a la que se le haya atribuido el ejercicio de competencias soberanas en este punto, y entonces sería esa tercera instancia la que podría establecer las reglas para dirimir los conflictos en materia tributaria entre entes soberanos.

68. Dentro de un Estado soberano contemporáneo la soberanía reside en el pueblo. Y es el pueblo el que, a través de la Constitución que el mismo aprueba, delimita los entes que pueden constituirse dentro de su territorio soberano y los poderes de los mismos. Pero el pueblo no lo delimita todo en la Constitución, sino sólo lo que considera esencial. El resto lo delimita el Estado, titular de los máximos intereses generales y de solidaridad entre los distintos entes territoriales y entre sus ciudadanos. El Estado, así pues, deberá determinar la confluencia entre los poderes de los entes menores, sin desconocer o negar la esencia y existencia de los mismos. El Estado, llegado el caso, tiene que sacrificar su recaudación, reconociendo las correspondientes deducciones para la determinación de la carga tributaria de sus impuestos, para garantizar la suficiencia financiera de los entes locales. Sin ese sacrificio se podría producir una superposición de impuestos que podría llegar a entenderse contraria a la justicia tributaria. Del mismo modo, tal intervención normativa del Estado no puede anular totalmente la iniciativa tributaria de las Comunidades Autónomas, aunque ello implique la correspondiente doble imposición sobre un mismo objeto de gravamen. El problema se da esencialmente ante el hecho de que cuando inciden en casos de doble imposición interna o internacional impuestos armonizados por la Unión Europea o recursos propios de ésta, la Unión va buscando expresamente la existencia de esa doble imposición o incluso plurimposición. Y ello lo hace sin tener previamente una delimitación clara de los límites de justicia tributaria a las altas cuantías de acumulaciones de impuestos provocadas por el Derecho de la Unión Europea.

D. Doble imposición sobre un solo sujeto pasivo o sobre varios

69. Ante el gravamen de una determinada manifestación de riqueza se puede dar una doble imposición sobre un mismo sujeto pasivo o sobre varios, ya se realice a través de una sola figura impositiva o de varias. El tráfico de la riqueza y las distintas posiciones de los sujetos tomadas en consideración por la ley tributaria en relación con las diversas manifestaciones de capacidad económica, hacen ver supuestos en los que el gravamen sobre un determinado sujeto se ve conectado con la imposición que recae sobre otro. Así se podría hablar de casos de doble imposición que afectan sólo a un sujeto pasivo y de casos que afectan a varios.

70. Como supuesto de doble imposición en el que se ven implicados dos sujetos estaría el gravamen de los beneficios societarios a través de un impuesto a cargo de la sociedad y la tributación al mismo tiempo de los dividendos resultantes de la distribución de esos mismos beneficios mediante el impuesto que grava la renta de los socios. Por otra parte, como supuesto de doble imposición en relación a un único sujeto, podría presentarse el caso en que un bien inmueble es gravado por un impuesto real a cargo de su titular, debiendo éste, además, tributar por tal bien en un impuesto general y personal.

²² Esto sin desconocer la relatividad del concepto de soberanía actualmente y en especial en su operatividad en el campo tributario interno.

IV. Alcance material de la problemática constitucional de la doble imposición

71. La doble imposición o la plurimposición resultarán ilegítimas cuando provoquen que una acumulación de impuestos llegue a tal nivel que se convierta en confiscatoria contraviniendo el artículo 31 de la Constitución y, así también, ignorando el derecho a la propiedad privada consagrado en el artículo 33 de la misma. En una primera aproximación, podríamos definir el principio de no confiscatoriedad en materia tributaria como el deber del legislador tributario de no establecer tributos que en su configuración determinen una tributación que anule las posibilidades de actuación económica del sujeto²³, al provocar una tributación irracional. A nuestro entender, en función de lo anterior, la no confiscatoriedad en materia tributaria se presentaría como una especificación del derecho a la propiedad privada en el ámbito tributario²⁴.

72. El artículo 31 de la Constitución, en su apartado 1, establece que el Sistema tributario no podrá tener alcance confiscatorio. Contempla este precepto el deber de contribuir a partir de la capacidad económica del contribuyente, debiéndose configurar el Sistema tributario dentro de los parámetros de la igualdad y la progresividad, presentándose estos dos principios como «inspiradores» del mismo. De otro lado, su artículo 33 consagra el derecho a la propiedad privada, si bien pone de manifiesto al mismo tiempo la función social de la misma. Esta función social se puede contemplar desde muchas perspectivas y, entre ellas, el deber de tributación no se puede considerar ajeno a tal función social.

73. La doctrina, aunque en muy distinto grado, ha reconocido la vinculación de la prohibición de confiscatoriedad a través del Sistema tributario con el respeto al derecho a la propiedad privada. Recogemos a continuación una serie de opiniones en tal sentido, siguiendo el orden cronológico en que fueron publicadas.

74. Señala PALAO TABOADA que «el calificativo “confiscatorio” no debe evidentemente entenderse en sentido absoluto y estricto, sino sencillamente como equivalente a “contrario al principio de propiedad privada”», destacando este autor que «la rotundidad del término “confiscatorio” es reveladora de la preocupación de los redactores del texto por cubrir también el “flanco fiscal” del derecho de propiedad y, por tanto, de que quedara claro en este aspecto el sistema constitucional de valores»²⁵.

75. De otro lado, LEJEUNE VALCÁRCCEL señala que «todo el problema de la no confiscatoriedad se reduce a determinar hasta dónde puede llegar un tributo (especialmente los de naturaleza extrafiscal), a fin de que no lesionen el derecho constitucional de propiedad, ya que no sólo es necesario que un tributo no tenga un tipo del cien por cien, sino que tenga unos tipos tales que no frustre las lógicas y razonables expectativas que de la propiedad privada se derivan», añadiendo a continuación de lo anterior que «la no confiscatoriedad resulta ser así un límite a la progresividad, pero no un límite surgido desde dentro del ordenamiento tributario (ya que éste, como se ha dicho, no puede en sí mismo ser confiscatorio), sino un límite que surge desde otro derecho protegido constitucionalmente, como es el derecho de pro-

²³ Pero cuando hablamos de que no se anulen las posibilidades de actuación económica del sujeto no queremos decir que a éste se le pueda dejar lo mínimo, sino que tal situación económica debe estar más próxima al resultado de la iniciativa del sujeto y nunca por debajo de su contribución al sostenimiento de los gastos públicos. Frente a esto, a veces la doctrina, a nuestro entender desacertadamente, ha sido demasiado retraída al describir lo que legítimamente podría quedar en manos del sujeto después de la tributación. Así, dentro de esta línea se podría citar a BERLIRI –paradójicamente tan constructivo en otras ocasiones–, quien señalaba que «la progresividad de la imposición no puede nunca ser tal que no deje al contribuyente al menos una suma suficiente para su mantenimiento» (*Corso istituzionale di Diritto Tributario*, Volume primo, Giuffrè, Milano, 1985, pág. 128). El alcance de estas palabras nos parece bastante limitado. Además, esas palabras, en una autoridad doctrinal como BERLIRI, pueden representar un desacertado referente para ciertos Tribunales Constitucionales europeos.

²⁴ El Tribunal Constitucional, en el fundamento jurídico número 6 de su Sentencia 182/1997, de 28 de octubre, ha declarado lo siguiente: «Deber constitucional de contribuir cuyo cumplimiento no se encuentra desconectado del derecho de propiedad también constitucionalmente garantizado (art. 33 C.E.)».

²⁵ «La protección constitucional de la propiedad privada como límite al poder tributario», en *Hacienda y Constitución*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, págs. 319 y 320.

iedad, de tal forma que sólo en relación a éste puede ser comprendido y analizado el problema de la no confiscatoriedad tributaria»²⁶.

76. Sobre la referencia en estudio del texto constitucional a que el Sistema tributario no podrá tener alcance confiscatorio, CALERO GALLEGO Y NAVAS VÁZQUEZ señalan que «se trata de una expresión que agudiza aun más el sentido garantista y en protección de la libertad y propiedad individuales de todo el precepto»²⁷.

77. Por otra parte, NÚÑEZ PÉREZ señala que «el establecimiento del principio de no confiscatoriedad tributaria no sólo no es innecesario, sino que viene a reforzar el equilibrio que ineludiblemente ha de estar presente entre la detracción coactiva de riqueza que todo tributo implica y “el derecho a la propiedad privada y a la herencia” que la Constitución reconoce a los ciudadanos»²⁸.

78. Según CASANA MERINO «para dar sentido a la prohibición de la confiscatoriedad en el ámbito tributario, no podemos prescindir de la necesaria relación con el derecho de propiedad privada»²⁹. Sobre «la acogida del principio de no confiscatoriedad en la Constitución Española» RUIZ-HUERTA CARBONELL señala que «refleja un refuerzo del derecho de propiedad reconocido en el artículo 33»³⁰. De otro lado, GONZALO Y GONZÁLEZ señala que el principio de no confiscatoriedad «resulta inseparable del principio de garantía de la propiedad privada»³¹.

79. Por otra parte, SÁNCHEZ SERRANO señala que «en una interpretación sistemática de la Constitución, es manifiesta asimismo la conexión del principio de no confiscatoriedad tributaria con el derecho a la propiedad privada, constitucionalmente reconocido dos artículos más adelante». Indica este autor que «la interdicción de confiscatoriedad del artículo 31.1. no hace sino sumar a los principios de justicia tributaria una garantía de la propiedad privada, adicional a su vez a las ya establecidas en el artículo 33». Destaca SÁNCHEZ SERRANO que «de lo que se trata, evidentemente, es de hacer compatible el deber fundamental de contribuir, constitucionalmente establecido, con el “derecho a la propiedad privada y a la herencia”, también constitucionalmente garantizado» y añade que «para ello el sistema tributario no deberá comprender tributos y alcanzar un grado de onerosidad tal que los ciudadanos en general, o determinadas categorías o grupos de los mismos en particular, se vean en la necesidad de desprenderse de sus bienes o propiedades para satisfacerlos», señalando que «si así fuese, la tributación tendría “alcance confiscatorio”: o sea, produciría, por vía indirecta, un resultado análogo al de la confiscación prohibida por el artículo 33.3 de la Constitución»³².

80. De otro lado, sobre «la construcción jurídica del principio de no confiscación» NAVEIRA DE CASANOVA señala que «se puede agrupar en torno a cuatro polos conceptuales: el derecho de propiedad, los principios jurídicos tributarios, los fines no recaudatorios del tributo y un grupo de ideas que tienden a darle una relevancia propia al mandato»³³.

²⁶ «Aproximación al principio constitucional de igualdad tributaria», en *Seis estudios sobre Derecho Constitucional e Internacional Tributario*, Editorial de Derecho Financiero, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1980, págs. 168 y 169.

²⁷ «Estudio preliminar» a la obra de F. MOSCHETTI: *El principio de capacidad contributiva* (traducción también por J.M. CALERO GALLEGO y R. NAVAS VÁZQUEZ), Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1980, pág. 28.

²⁸ «La prohibición constitucional de tributos confiscatorios: dos supuestos», en *Impuestos*, núm. 22, 1991, pág. 8.

²⁹ «El principio constitucional de interdicción de la confiscatoriedad en el ámbito tributario», en la *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*, núm. 216, 1991, pág. 1099.

³⁰ «Vigencia y operatividad del principio de la no confiscatoriedad de los tributos en el ordenamiento español», en *Crónica Tributaria*, núm. 64, 1992, pág. 119.

³¹ «El principio constitucional de no confiscatoriedad tributaria», en *El Sistema Económico en la Constitución Española*, Volumen II, XV Jornadas de Estudio, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1994, pág. 1555.

³² «Principios de Justicia Tributaria», Capítulo IV del *Manual General de Derecho Financiero*, Tomo Segundo, *Derecho Tributario. Parte General*, Comares, Granada, 1996, págs. 91 y 92.

³³ *El principio de no confiscatoriedad. Estudio en España y Argentina*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pág. 448.

81. Por otra parte, «la regla de la no confiscatoriedad» según CAZORLA PRIETO «es un claro ejemplo de la relación de los principios constitucionales-tributarios con otros derechos o principios consagrados constitucionalmente, en particular con el derecho a la propiedad privada proclamado en el artículo 33 de la Constitución»³⁴. Junto a ello, GARCÍA DORADO habla de «una relación que nos parece imprescindible y obligada: la que existe entre el principio de no confiscatoriedad y el derecho a la propiedad privada»³⁵.

82. Así pues, podemos apreciar cómo la inmensa mayoría de la doctrina reconoce la vinculación entre las ideas de no confiscatoriedad en materia tributaria y de respeto al derecho de propiedad privada. Pero frente a ello, existen autores que, en mayor o menor medida, le restan protagonismo a la idea de propiedad en la fundamentación de la exigencia de no confiscatoriedad en materia tributaria. De todos modos, el que reconozcamos la vinculación entre las ideas de propiedad y de no confiscatoriedad no quiere decir que no reconozcamos otras posibles dimensiones en la contemplación de esta prohibición constitucional.

83. En tal sentido, AGULLÓ AGÜERO señala que «la prohibición de confiscatoriedad debe ser contemplada en función de la justicia del sistema tributario y no únicamente en función de la defensa de la propiedad, es decir, no como una garantía directa de la propiedad, sino como una garantía del propio sistema tributario frente a posibles desviaciones»³⁶.

84. Pero muy crítico con la vinculación de las ideas de no confiscatoriedad y de propiedad privada se muestra MARTÍNEZ LAGO, quien, ante la prohibición constitucional de no confiscatoriedad en materia tributaria, destaca que «normalmente, esta referencia se ha relacionado por los autores con la defensa del orden económico privado, con la propiedad privada que aparece constitucionalizada en el artículo 33 de la norma fundamental». Sobre «este punto de vista», este autor señala que «padece, sin embargo, los errores procedentes de un defectuoso enfoque del significado que constitucionalmente adquiere la propiedad privada como derecho de los ciudadanos, que no puede desligarse en su consideración actual, desde luego, de su caracterización como función social»³⁷. Frente a ello no debemos olvidar que la función social de la propiedad no impide la consideración de la conexión de ésta con la no confiscatoriedad en materia tributaria, en cuanto que la confiscatoriedad implicaría una extralimitación en esa función social.

85. Pues bien, nosotros creemos que se debe vincular la idea de no confiscatoriedad a la idea de propiedad privada. Ambas ideas, principios, límites, derechos, se contemplan en dos preceptos distintos de nuestra Constitución. Habría que plantearse si esto supone que a ambas ideas se les deba reconocer un sentido distinto o distante, cuando nos movemos en el ámbito tributario. A nuestro entender, la respuesta a tal interrogante debe ser negativa, debiendo reconocerse la vinculación de ambos conceptos o ideas.

³⁴ *Derecho Financiero y Tributario (parte general)*, Aranzadi, Navarra, 2000, pág. 112.

³⁵ *Prohibición constitucional de confiscatoriedad y deber de tributación*, Dykinson, Madrid, 2002, pág. 90.

³⁶ Señala esta autora que «la prohibición de confiscatoriedad no trata de proteger directamente la propiedad ni como derecho subjetivo ni como institución», añadiendo que «la propiedad ya está suficientemente garantizada por el artículo 33». Indica que «la imposición incide sobre la propiedad y la garantía de ésta no la afecta porque sus ámbitos de actuación son diferentes». Pero frente a ello, señala esta autora lo siguiente: «No obstante, puede darse una colisión entre ambas instituciones, y es por ello que entre los principios de la imposición se sitúa la prohibición de confiscatoriedad. Es posible que sin esta declaración el resultado fuera el mismo, pero con ella resulta evidente que el ataque a la propiedad mediante el sistema tributario tiene un límite, y que este límite es independiente, de un lado, de las razones fiscales o extrafiscales de los impuestos, y, de otro, de la concreta estructura que adopte el sistema tributario. A ese límite se le llama alcance confiscatorio. Dónde debe situarse es un problema que la conciencia histórico-social de lo justo se encargará de señalar en cada momento» («Una reflexión en torno a la prohibición de confiscatoriedad del sistema tributario», en la *Revista española de Derecho Financiero*, núm. 36, 1982, pág. 561). En el mismo sentido, véase A. MIRANDA PÉREZ: «El principio constitucional de no confiscatoriedad en materia fiscal», en *Jurisprudencia Tributaria*, núm. 20, 1998, pág. 24.

³⁷ «Los fines no fiscales de la imposición y la prohibición de confiscatoriedad», en *Gaceta Fiscal*, núm. 81, 1990, pág. 156.

86. Desde una perspectiva de pura técnica jurídica, en un plano más estricto y sistemático, se podría pensar que dos preceptos no pueden decir lo mismo, pues entonces uno de ellos sería inútil y, como principio dogmático, el legislador o, en este caso, el constituyente, no hacen nada inútil, de forma que, ante dos referencias en dos preceptos distintos, necesariamente hubiese que individualizar dos ideas distintas.

87. De todos modos, aquí lo que nos estamos planteando es si, siendo la idea de propiedad privada una idea general válida para las diferentes ramas del Ordenamiento jurídico, también jugaría en materia tributaria. Si es así, se podría pensar que con la consagración general del derecho de propiedad privada bastaría para impedir que los tributos no tuviesen alcance confiscatorio. Entonces, ¿qué utilidad vendría a tener la consagración expresa del principio de no confiscatoriedad? ¿Vendría a tener una significación distinta?

88. Pues bien, si, de esa perspectiva de técnica rigurosa, pasamos a una perspectiva de técnica de creación normativa útil, la consagración general de una idea no tiene porqué impedir la utilidad de una especificación de esa idea en un ámbito más concreto, reforzando el valor sustantivo e interpretativo de la idea en ese ámbito más específico. Algo de esto podríamos encontrar en el dato de que un precepto de la Constitución hable del derecho a la propiedad privada y que, además de éste, otro haga referencia a la no confiscatoriedad en materia tributaria.

89. La no confiscatoriedad puede ser entendida como una plasmación del límite que supone el respeto a la propiedad privada en materia tributaria. La Constitución consagra este derecho y quiere que su respeto tenga una especial atención en la articulación del Sistema tributario, reforzando esta idea, al hablar expresamente de no confiscatoriedad y evitando el adelantar en el artículo 31 el concepto de propiedad privada, no dando lugar así a posibles interpretaciones fuera de lugar en relación a las distintas perspectivas desde las que se puede tomar en consideración la propiedad privada en materia tributaria.

90. La propiedad privada cumple una función social y el Derecho Financiero debe cumplir una función redistributiva de la riqueza en un Estado social y democrático de Derecho como el nuestro. Ahora bien, esto no puede suponer que, aunque el Sistema tributario pueda, como no puede ser de otra manera, afectar a la propiedad privada, sus figuras puedan incidir sobre ésta en una medida que deje sin contenido a tal derecho. El tributo puede afectar a la propiedad privada, pero aquél no puede llegar a un nivel que deje vacío de contenido en ciertos supuestos el derecho a la propiedad privada. El tributo puede afectar a ésta, pero sólo hasta un cierto límite. ¿Qué límite? El determinado por un nivel de tributación más allá del cual la propiedad privada dejaría de ser esencialmente eso, es decir, esencialmente privada, pasando a ser más pública que privada.

91. El apartado 1 del artículo 31 habla de contribución al sostenimiento de los gastos públicos a través de un Sistema tributario entre cuyos principios inspiradores está la progresividad. Junto a ello, con la referencia expresa a la no confiscatoriedad en este precepto se quiere despejar cualquier duda en relación a que la consagración del deber de tributación en esos términos nunca puede justificar una tributación excesiva e irracional que haga que la propiedad privada pierda su contenido esencial, el de privada, pasándose, por el solo hecho del deber de tributación, a que fuese más pública que privada. Se resalta en el artículo 31.1 de la Constitución el deber de tributación, pero la importancia que se le da no puede interpretarse en el sentido de que ello permita desconocer la esencia del derecho a la propiedad privada y para ello se habla expresamente en este precepto de que la contribución a los gastos públicos a través del Sistema tributario no podrá tener alcance confiscatorio.

92. Si a la propiedad se le pone en la Constitución el calificativo de privada, sin desconocer su función social, siempre deberá estar en mayor medida al servicio o utilidad del contribuyente, que al servicio o utilidad de la Hacienda Pública. De no ser así, no tendría sentido que en la Constitución se hubiese hablado de la propiedad como privada.

93. La propiedad del contribuyente no puede ser más pública que privada; por ello sus bienes y derechos no pueden estar nunca en mayor medida al servicio del Fisco que al servicio de aquél. Esta regla se rompería si el Sistema tributario llegase a niveles confiscatorios.

94. Como se diría llanamente, si de lo que gano se lleva el Estado³⁸ más de lo que me quedo o si cuando voy a gastar se lleva más el Estado que lo que vale aquello que yo me quedo para consumir, ahí la propiedad parecería más pública que privada.

95. Nuestra Constitución habla, como hemos visto, de no confiscatoriedad del Sistema tributario y del respeto al derecho de propiedad privada³⁹. Ahora bien, dado que en materia de imposición sobre el consumo juega un papel esencial la armonización fiscal comunitaria, debemos fijarnos en un contexto más amplio, como es el que abarca la Unión Europea. Sería lo más fácil encontrar constituciones de Estados miembros de ésta donde sólo se habla del respeto al derecho de propiedad privada y no se habla expresamente de la no confiscatoriedad en materia tributaria. La consagración expresa de la prohibición de confiscatoriedad en materia tributaria no se prodiga en las constituciones europeas, pero puede derivarse de la protección en las mismas del derecho a la propiedad privada, sin olvidar su conexión con la problemática del principio de capacidad económica. De otro lado, dentro del Derecho de la Unión Europea podemos encontrar una consagración del derecho de propiedad privada, aunque tampoco encontremos expresamente contemplado el principio de no confiscatoriedad a través del Sistema tributario. Esa consagración del derecho a la propiedad privada en el ámbito del Derecho de la Unión Europea podemos individualizarla partiendo de que, según el Tribunal de Justicia de ésta, los principios generales o derechos fundamentales que derivan de las Constituciones de los Estados miembros forman parte también del Derecho de aquélla. A ello se añade la consagración del derecho a la propiedad privada en la Carta europea de derechos fundamentales⁴⁰. En este texto comunitario⁴¹ se habla a secas del derecho a la propiedad,

³⁸ Y, obviamente, el resto de entes públicos.

³⁹ Además de consagrar el derecho de propiedad, en el constitucionalismo latinoamericano también podemos encontrar algún ejemplo de texto constitucional que hable expresamente de no confiscatoriedad en materia tributaria. Así, la Constitución Venezolana de 1999 establece expresamente en su artículo 317 que «ningún tributo puede tener efectos confiscatorios». Por otra parte, la jurisprudencia argentina se ha mostrado especialmente precisa a la hora de reconocer un límite cuantitativo a partir del cual un impuesto pasa a ser confiscatorio, concretando ese límite en el 33 por ciento. Y ello aun sin existir una referencia expresa en su texto constitucional a la prohibición de confiscatoriedad en materia tributaria. Sobre la no confiscatoriedad en el ámbito fiscal a la luz del constitucionalismo latinoamericano, puede verse W. NARANJO RENDÓN: «La determinación o búsqueda de límites cuantitativos frente a los tributos confiscatorios», en www.monografias.com/trabajos27/sistemas-tributarios, 2005.

⁴⁰ El Proyecto de Tratado por el que se quería establecer una denominada Constitución para Europa y que fue sustituido por el Tratado de Lisboa –que sacó de su texto el contenido de la citada Carta–, señalaba en el apartado 1 de su artículo II-77 lo siguiente: «Toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de los bienes que haya adquirido legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida. El uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida que resulte necesario para el interés general». De todas formas, un texto similar lo podemos encontrar contenido en el apartado 1 del artículo 17 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, tanto en su versión 2000/C 364/01, como en su versión 2007/C 303/01, proclamada solemnemente el 12 de diciembre de 2007, un día antes de la firma del Tratado de Lisboa. De este modo, el contenido de la Carta intentaba incorporarse al fallido texto de Constitución Europea. De todas maneras, aunque no lo recoja ya expresamente, el Tratado de Lisboa hace una remisión expresa a dicha Carta, como veremos a continuación. Por otra parte, en el quinto párrafo del Preámbulo de dicha Carta se señala lo siguiente: «La presente Carta reafirma, dentro del respeto de las competencias y misiones de la Unión, así como el principio de subsidiariedad, los derechos que emanan en particular, de las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes de los Estados miembros, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos».

⁴¹ A pesar del Tratado de Lisboa, podemos tener presente que la Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre de 2004, pronunciada en base al Requerimiento 6603-2004, formulado por el Gobierno de la Nación, acerca de la constitucionalidad de los artículos I-6, II-111 y II-112 del fracasado Tratado por el que se intentaba establecer una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004 (Primacía del Derecho Comunitario y alcance de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea), en su fundamento jurídico 2 señaló que «la cesión constitucional que el art. 93 CE posibilita tiene a su vez límites materiales que se imponen a la propia cesión», añadiéndose a continuación que «esos límites materiales, no recogidos expresamente en el precepto constitucional, pero que implícitamente se derivan de la Constitución y del sentido esencial del propio precepto, se traducen en el respeto de la soberanía del Estado, de nuestras

sin ponerle expresamente el calificativo de privada. Pero, obviamente, el sentido de tal texto y el contexto en el que se ubica dejan ver claramente, como no podía ser de otra manera en la disciplina comunitaria, que está haciendo referencia a la propiedad privada, núcleo esencial del propio concepto de propiedad.

96. Junto a ello, más allá de la disciplina comunitaria, es necesario destacar que el Protocolo Adicional nº 1 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales⁴² establece en el primer párrafo de su artículo 1 que «toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes», disponiéndose a continuación de lo anterior que «nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional». En el segundo párrafo de este mismo artículo se establece que «las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas». Este artículo 1 lleva por rúbrica «Protección de la propiedad»⁴³. El hecho de que se hable en este precepto al mismo tiempo de propiedad y de impuestos en modo alguno podría interpretarse en el sentido de que estos últimos pudiesen anular a aquélla, pues ello iría en contra del propio reconocimiento de la protección de la propiedad privada, rúbrica de tal precepto⁴⁴.

97. Al mismo tiempo, es necesario destacar que el Tratado de la Unión Europea ya estableció en el apartado 1 de su artículo 6 que «la Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros», disponiéndose en el apartado 2 de este mismo artículo 6 que «la Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario». El apartado 8 del artículo 1 del Tratado de Lisboa por el que se modificó el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007, modificó el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea. Tras dicha modificación, en el párrafo primero del apartado 1 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea se pasó a establecer que «La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adoptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados». En el apartado 2 de esta nueva versión del artículo 6 se establece que «La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados». Por último, en el apartado 3 de esta nueva versión del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea se establece que «Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales».

98. Pues bien, en concreto, dentro de la problemática de los derechos fundamentales, en relación al derecho de propiedad, se puede partir de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

estructuras constitucionales básicas y del sistema valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia (art. 10.1 CE), límites que, como veremos después, se respetan escrupulosamente en el Tratado objeto de nuestro análisis».

⁴² Convenio también contemplado en el Tratado de Lisboa, como tendremos ocasión de comprobar.

⁴³ Sobre el derecho de propiedad a la luz de este Convenio desde la perspectiva tributaria, véase F. PÉREZ ROYO: «El derecho de propiedad y la prohibición de discriminación en su disfrute como límites al poder tributario en el Convenio Europeo de Derechos Humanos», en la *Revista española de Derecho Financiero*, núm. 109-110, 2001, págs. 23 y ss.

⁴⁴ Dentro de las Explicaciones sobre la Carta de los derechos fundamentales (2007/C 303/02), en el penúltimo párrafo de la explicación relativa al «derecho a la propiedad», se señala que «este derecho tiene el mismo sentido y alcance que el garantizado en el CEDH, no pudiendo sobrepasarse las limitaciones previstas en este último».

de 13 de diciembre de 1979 (Asunto 44/79) y, menos antigua, se puede destacar la Sentencia del mismo Tribunal de 10 de julio de 2003 (Asuntos acumulados C-20/00 y C-64/00). En esta Sentencia se señala que «los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia y que, para ello, este último se inspira en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, así como en las indicaciones proporcionadas por los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos en los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido», añadiendo que «dentro de este contexto, el CEDH reviste un significado particular». Se destaca en esta Sentencia entre los derechos fundamentales así protegidos el derecho de propiedad, señalándose en la misma que cabrían restricciones al ejercicio de los derechos fundamentales siempre y cuando «no constituyan, teniendo en cuenta el objetivo perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que lesione la propia esencia de esos derechos».

99. Así pues, en el Derecho de la Unión Europea, aunque no encontremos contemplado expresamente el principio de no confiscatoriedad a través del Sistema tributario, sí encontramos consagrado el derecho a la propiedad privada. Pero el impedir normas de la Unión Europea confiscatorias en materia tributaria se consigue al hacer valer el respeto del derecho de propiedad privada, consagrado también, como exponemos, dentro de la disciplina jurídica de aquélla. Además, la contemplación de un derecho fundamental como éste se debe considerar parte del Derecho originario de la Unión Europea, al que debe someterse el Derecho derivado de ésta.

100. De esta forma, pues, las normas tributarias que emanan de las instituciones de la Unión Europea, ya sean para regular los recursos propios de ésta, ya vayan dirigidas a la armonización fiscal, no pueden tener un contenido que provoque efectos confiscatorios en materia tributaria⁴⁵, pues con ello estarían violando un derecho fundamental integrante de la disciplina europea.

101. Por otra parte, en ocasiones los impuestos no persiguen como finalidad más directa el recaudar ingresos para hacer frente a los gastos públicos, sino el incidir sobre ciertos comportamientos del ciudadano, de forma que la carga económica del impuesto frene tales comportamientos, consiguiendo que el ciudadano limite o reduzca éstos para evitar en la medida de lo posible la citada carga económica que suponen. Se trata de comportamientos cuya limitación debe encontrar amparo en algún precepto de la Constitución. El artículo 31.1 de ésta establece, como hemos visto, el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos a través del Sistema tributario dentro del respeto de unos principios, que se recogen en el mismo precepto constitucional. Pero, por ejemplo, dado que en otro precepto de la Constitución⁴⁶ se protege el derecho a un medio ambiente adecuado, se estaría legitimado un impuesto que en vez de tener como finalidad directa el recaudar ingresos públicos, tuviese como objetivo frenar ciertas actuaciones o comportamientos que puedan afectar al medio ambiente, de forma que los ciudadanos, para no cargar con el peso económico de ese impuesto, decidan o prefieran dejar de realizar el correspondiente comportamiento o actuación. En el fondo, para tratarse de un impuesto extrafiscal puro, el legislador tributario al establecerlo debería tener como deseo principal el no recaudar nada, en vez de recaudar mucho. Ello supondría que no habría habido ningún comportamiento que hubiese afectado al medio ambiente, de los que podrían haber generado el devengo del impuesto. Así se habría cumplido la finalidad de proteger el medio ambiente y no se habría producido ninguna recaudación, no siendo ésta la finalidad del impuesto. Entre recaudar mucho y no recaudar nada, puede recaudarse poco y cuanto menos se recaude en mayor medida se habrá conseguido la finalidad perseguida por el legislador.

⁴⁵ Según FALCÓN Y TELLA «principios como la interdicción de la confiscatoriedad, el respeto a la propiedad privada y la libertad de empresa, que figuran en las Constituciones de todos los Estados miembros, constituyen también principios básicos del ordenamiento comunitario, que ha de respetar los derechos de los particulares derivados de dichos principios». Añadía este autor que «dicho en otros términos, las instituciones comunitarias no pueden adoptar medidas que no habrían podido adoptar los parlamentos nacionales de ninguno de los quince [en aquel momento] Estados miembros, los cuales no podrían evidentemente establecer un impuesto confiscatorio» («La tasa suplementaria en el sector de la leche y de los productos lácteos: un impuesto confiscatorio y discriminatorio entre ganaderos», en *Quincena Fiscal*, núm. 17, 1997, pág. 6).

⁴⁶ Artículo 45 de nuestra Constitución.

102. Con ello nos habríamos alejado de la finalidad propia o tradicional de los tributos, pero eso no quiere decir que se puedan desconocer en tales casos los principios de justicia tributaria consagrados en el artículo 31 de la Constitución y el resto de derechos y garantías constitucionales que deriven de otros preceptos de aquélla.

103. Lo que hemos descrito sería el caso de un impuesto extrafiscal puro como se ha apuntado, es decir, de un impuesto con el que no se busca directamente recaudar, sino que el mayor deseo sería que no se recaudase nada.

104. Pero en ocasiones se presentan por el legislador como extrafiscales impuestos que no lo son totalmente, dado que con ellos, en función de la carga tributaria que representan y las actuaciones o situaciones sobre las que inciden, no sólo se busca incidir en el comportamiento de los ciudadanos, sino también obtener una importante recaudación. Mezclándose ambas perspectivas, el legislador tributario no suele mantener un rigor coherente en tales casos, no sabiendo conjugar acertadamente los criterios en juego y amparándose en una mayor o menor extrafiscalidad se intenta justificar una carga fiscal desmedida, que puede ser difícil reconocer como legítima.

105. En materia de imposición indirecta, los impuestos sobre consumos específicos tradicionalmente se han intentado presentar por el legislador, en mayor o menor medida, como extrafiscales, en el sentido de que vienen a provocar una mayor carga fiscal sobre ciertos productos porque el consumo de éstos puede resultar nocivo para la sociedad y cuanto mayor sea el peso económico de la carga fiscal sobre tales productos, mayor será el celo del contribuyente por limitar o reducir el consumo de los mismos. A veces el legislador, amparándose en esa pretendida extrafiscalidad, carga en demasía la fiscalidad de ciertos productos, aun siendo consciente de que por mucho que los cargue fiscalmente –dadas las condiciones de la sociedad actual, construida y dirigida por el Estado, como principal responsable, junto con la Unión Europea- el ciudadano no puede prescindir de ellos.

106. Si nos fijamos en la Ley 38/1992, de 28 de diciembre, de Impuestos Especiales, dentro de su Exposición de Motivos encontramos la referencia a ese corte extrafiscal de estos Impuestos. En concreto, en esa Exposición de Motivos se puede leer lo siguiente: «... los impuestos especiales de fabricación que constituyen, junto con el Impuesto sobre el Valor Añadido⁴⁷, las figuras básicas de la imposición indirecta y se configuran como impuestos sobre consumos específicos, gravando el consumo de unos determinados bienes, además de lo que lo hace el IVA en su condición de impuesto general. Este doble gravamen se justifica en razón de que el consumo de los bienes que son objeto de estos impuestos genera unos costes sociales, no tenidos en cuenta a la hora de fijar sus precios privados, que deben ser sufragados por los consumidores, mediante una imposición específica que grave selectivamente estos consumos, cumpliendo, además de su función recaudatoria, una finalidad extrafiscal como instrumento de las políticas sanitarias, energéticas, de transportes, de medio ambiente, etc.»⁴⁸.

107. Esa finalidad extrafiscal resulta más creíble en relación a los Impuestos sobre el Alcohol y Bebidas Alcohólicas y al Impuesto sobre las Labores del Tabaco, pues a nadie se le escapa lo nocivo que puede resultar el consumo de tabaco y de ciertas bebidas alcohólicas⁴⁹, a un determinado nivel, con

⁴⁷ En adelante IVA.

⁴⁸ En la práctica, la mayoría de los Impuestos Especiales llegan al consumidor final a través de una traslación económica y no de una pura traslación jurídica, dado que se aplican en fase única. Eso no quiere decir que no se deban tomar en consideración jurídicamente a la hora de determinar la carga que soporta el consumidor, pues, como, por ejemplo, se reconoce expresamente en el artículo 1 de la Ley de Impuestos Especiales, se trata de Impuestos que recaen sobre el consumo. Esto no quita que existan casos de traslación jurídica directa al consumidor; piénsese, por ejemplo, en el Impuesto sobre la Electricidad, que se repercute, junto con el IVA, al consumidor final, dado que la electricidad, mientras se mantiene dentro de las redes de transporte de energía, se encuentra en régimen suspensivo. De otro lado, en el Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte el sujeto pasivo es esencialmente aquel sujeto a cuyo nombre se matricula el vehículo y para consumir el vehículo hay que matricularlo y para matricularlo hay que acreditar el pago del Impuesto o su exención o no sujeción.

⁴⁹ Frente a esta opinión, aparentemente generalizada de amparo social, nos podemos encontrar, en alguna encuesta a

el coste social que puede conllevar y que de algún modo se puede intentar compensar con actuaciones públicas que encuentren su referente, contrapartida o base económica al menos en parte en lo recaudado por tales impuestos. Sea como fuere, a cualquiera nos resultaría difícil defender lo no nocivo o beneficioso del tabaco o de un excesivo consumo de ciertas bebidas alcohólicas, con lo cual no es difícil verse legitimado para hablar de extrafiscalidad en relación a la fiscalidad del tabaco y de las bebidas alcohólicas, por muy conscientes que seamos de que ciertas personas, con adicción al tabaco, por mucho que se aumente la presión fiscal sobre este producto, no van a encontrar fuerzas para dejar de consumirlo o consumirlo en menor medida y conscientes también de que el consumo de ciertas bebidas alcohólicas, aunque con moderación, incluso puede tener determinados efectos beneficiosos. Piénsese en todo lo bueno que se ha descubierto en relación a un consumo moderado de una bebida como la cerveza en ciertas situaciones. Y, de otras bebidas, con moderación, difícil es escapar hoy en determinadas situaciones de tradición social. Ahora bien, no está mal que quien abuse del consumo de éstas tema a su alto coste económico, acrecentado por la carga fiscal que soportan, pero que, al final, no hace mella en el bolsillo del rico, sino, como siempre, en el bolsillo del pobre; pero no es éste el momento de detenernos en las bondades de que la imposición directa siempre debería tener un peso mucho más evidente que la indirecta, a la luz de los principios constitucionales de justicia tributaria.

108. Pero volvamos aquí sobre lo más o menos extrafiscales que nos pueden parecer otros Impuestos Especiales, dejando ahora a un lado el Impuesto sobre la Electricidad, por su tipo de gravamen más bajo en proporción o en comparación con la carga fiscal de otros Impuestos Especiales y fijémonos en el Impuesto sobre Hidrocarburos y en el Impuesto sobre Determinados Medios de Transporte.

109. Existen dos tipos de bienes sobre los que el legislador tributario suele “cebarse” injustificadamente, intentando alcanzar una recaudación desmedida, actuando de la forma en que, a primera vista, se resentirían menos ciertos sectores económicos o de la manera en que al ciudadano le quedarían menos alternativas para escapar de tal tributación. Se trata de los inmuebles y de todo lo relativo a la circulación rodada, centrada en los vehículos y los carburantes esencialmente. En el caso de los inmuebles, por mucho que se cargue fiscalmente a éstos el suelo físico no puede, en principio, crecer ni decrecer, es decir, hay el que hay. Por mucho que se cargue fiscalmente el suelo éste no desaparece.

110. Y algo similar sucede con el ámbito de los vehículos. Fijándonos en los impuestos indirectos, normalmente para conducir se hace necesario soportar el IVA, el Impuesto sobre Determinados Medios de Transporte y el Impuesto sobre Hidrocarburos, sin perjuicio de otros tributos, pudiendo citar, por ejemplo, el Impuesto sobre las Primas de Seguros que necesariamente se soporta por el seguro del vehículo. Todo lo que incide fiscalmente incide al final sobre el coste de cualquier producto, porque al final todos los productos se transportan y todos viajamos aunque sea en transporte público y en poco salva la alta presión fiscal en función de lo anterior el dato de que los vehículos de transporte no particulares estén no sujetos o exentos en el Impuesto sobre Determinados Medios de Transporte⁵⁰.

111. Pues bien, tratándose de bienes y elementos necesarios para la vida diaria de ciudadanos de cualquier nivel económico, habría que plantearse hasta qué punto es legítimo hablar de extrafiscal en relación a la imposición sobre los carburantes, cuando es algo de lo que es muy difícil prescindir, cuando la técnica aun no ofrece alternativas viables y asequibles para los ciudadanos de cualquier capacidad

universitarios, erróneas opiniones en el sentido de que el, molesto socialmente, “botellón” trae en gran medida su causa de lo altos que son los impuestos sobre las bebidas alcohólicas, lo cual, a juicio de los encuestados, no permitiría que se pudiese acceder al consumo de tal tipo de bebidas en pubs y locales similares, debiendo optar por su consumo en la forma arriba indicada (*Aula Magna*, 10 de mayo de 2006, pág. 2). Esta errónea opinión desconoce que los Impuestos sobre el Alcohol y Bebidas Alcohólicas se pagan en función del volumen de producto, con independencia del precio de éste. Cosa distinta sería el IVA, que, como en relación a cualquier otro producto, se aplica esencialmente en función del precio, así que donde la bebida sea más cara más IVA se pagará.

⁵⁰ Podemos tener en cuenta, por ejemplo, los autobuses como supuesto de no sujeción (art. 65.1.a.2º de la Ley de Impuestos Especiales) o los taxis como supuesto de exención (art. 66.1.a de la Ley de Impuestos Especiales).

económica. Por mucho que se cargue fiscalmente no se puede prescindir de ello. Bajo ese parcialmente falso expediente de la extrafiscalidad se abusa fiscalmente del consumidor, cuando el legislador tributario es consciente de que el ciudadano en los elementos necesarios de su vida cotidiana no puede prescindir de ciertos consumos y de eso se aprovecha el Estado. Ni la red eléctrica actual permitiría un parque automovilístico de vehículos esencialmente eléctricos y ni éstos son accesibles para cualquier sujeto con independencia de su capacidad económica, ni puede cubrir totalmente sus necesidades.

112. Y en los ámbitos en los que tradicionalmente en conjunto la capacidad económica global de los contribuyentes suele ser más baja es donde precisamente se hacen más necesarios esos consumos. Piénsese en las zonas rurales y sobre todo en las zonas rurales de menor volumen de población⁵¹, donde el transporte privado se hace más necesario que en las grandes ciudades y por lo tanto no se puede dejar de soportar en mayor medida, en principio, el Impuesto sobre Determinados Medios de Transporte y el Impuesto sobre Hidrocarburos. Al final estos impuestos terminan incidiendo en mayor medida en las zonas de menor nivel económico, zonas más necesitadas de ayuda y promoción.

113. Así pues, por una amplia serie de razones, creemos que no es conveniente que la Hacienda Pública se siga “cebando” en los carburantes para obtener una fortísima recaudación, amparándose en ideas, trasnochadas o que nunca han sido totalmente verdaderas, basadas en una extrafiscalidad más que limitada y parcialmente errónea.

114. Las cuestiones apuntadas nos hacen ver que en ocasiones no son lo suficientemente rigurosos los esquemas extrafiscales utilizados por el legislador tributario, pues se quieren cargar fiscalmente con bastante fuerza bajo esa apariencia ciertos productos, bajo el argumento de que esa mayor carga fiscal reduciría su consumo, pensando que el contribuyente desistiría de éste o lo limitaría. El problema es que se trata de productos de cuyo consumo el contribuyente no puede prescindir por mucho que se carguen fiscalmente, con lo cual el Sistema tributario se convierte en menos progresivo y menos justo, pues se trata de impuestos indirectos que sitúan en una posición cada vez más delicada a los sujetos de una menor capacidad económica global.

115. Pero dejando a un lado lo anterior, lo que nunca puede suceder es que el expediente de la extrafiscalidad se utilice por el legislador tributario para desconocer los principios de justicia tributaria consagrados en el apartado 1 del artículo 31 de la Constitución. Y así, dado que la extrafiscalidad puede llevar a situaciones de tributación desproporcionada, especialmente hay que vigilar que ésta no se utilice para intentar justificar el llegar a impuestos confiscatorios. El hecho de que un impuesto sea extrafiscal no le permite ser confiscatorio. Los principios de justicia tributaria del artículo 31.1 de la Constitución no deben desconocerse por el hecho de que se utilice el expediente de la extrafiscalidad.

116. El Tribunal Constitucional ha declarado que el establecimiento de «impuestos de carácter primordialmente extrafiscal» debe realizarse «respetando las exigencias y principios derivados directamente de la Constitución (art. 31)»⁵². Entre estas exigencias y principios también estaría la limitación de no poder crear situaciones confiscatorias.

⁵¹ Por ejemplo, si nos fijamos en una zona de nuestra geografía muy montañosa, donde mayor puede resultar el peligro de despoblamiento, 70 pueblos de la Provincia de Granada no tienen ni siquiera un autobús directo para llegar a la capital de dicha Provincia (noticia recogida en *20 minutos*, Granada, 21 de abril de 2008, pág. 2).

⁵² Fundamento jurídico 13 de la Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1987, de 26 de marzo. En el mismo sentido, puede verse el fundamento jurídico 4 de la Sentencia del Tribunal Constitucional 186/1993, de 7 de junio. Además es necesario destacar en relación a estas sentencias que en los citados fundamentos jurídicos de las mismas se menciona la confiscatoriedad en materia tributaria, rechazando que se dé en los supuestos que analizan, pero sin que el Tribunal Constitucional se haya preocupado en estas sentencias de aclarar cuándo los impuestos pueden resultar confiscatorios, perdiendo, como en otras sentencias (fundamento jurídico 11 de la Sentencia del Tribunal Constitucional 14/1998, de 22 de enero, fundamento jurídico 23 de la Sentencia del Tribunal Constitucional 233/1999, de 16 de diciembre, y fundamento jurídico 11 de la Sentencia del Tribunal Constitucional 194/2000, de 19 de julio), la oportunidad de contribuir a una mayor certeza para los operadores jurídico-tributarios en relación a los principios constitucionales de justicia tributaria y, en concreto, con respecto a la no confiscatoriedad en materia tributaria.

117. Pues bien, en función de todo lo anterior, los impuestos extrafiscales deben respetar los principios constitucionales de justicia tributaria, por lo que, junto a los demás, el principio de no confiscatoriedad a través del Sistema tributario también juega en relación a la disciplina tributaria extrafiscal, disciplina que, como hemos apuntado, no siempre se aplica con el rigor debido, pues en ocasiones el expediente de la extrafiscalidad se predica de situaciones que no se prestan realmente a la misma.

118. Entre los ejemplos que podríamos poner de productos con una presión fiscal excesiva, se encontraría sin duda alguna el de los carburantes. Esto podría dar a primera vista una cierta idea de desprecio por ciertas dimensiones medioambientales. Nada más lejos de la realidad. Hacemos ciertas consideraciones en el sentido de poner en evidencia un mal entendido o incorrecto planteamiento extrafiscal o desproporcionado en nuestra trayectoria impositiva.

119. La protección del medio ambiente no puede justificarlo todo y máxime contra aquello que es muy difícil o casi imposible evitar por ciertos sujetos. La protección del medio ambiente no se debe hacer extralimitándose en la imposición sobre ciertos productos de los que una gran cantidad de sujetos, en unas condiciones que no son las más cómodas o favorables, no pueden prescindir.

120. No lo analicemos todo desde los esquemas de una gran ciudad bien comunicada con el resto del país y con el extranjero y donde el metro y los trenes de cercanías dan unas grandes posibilidades de transporte, que convierten casi en ilógico el uso del propio vehículo. Pensemos en ciudades a las que se tarda más en llegar en tren que en autobús. Pensemos en las zonas rurales en peligro de despoblamiento. Pensemos en todo lo que no es el centro de una gran ciudad.

121. Habrá carburantes altamente contaminantes y fácilmente sustituibles. En relación a éstos sí cabría una mayor carga fiscal. Pero en relación a los no sustituibles actualmente la presión fiscal no puede suponer aprovecharse de algo de lo que no puede escapar el sujeto, para que la Hacienda Pública obtenga una fácil recaudación alejada de los principios constitucionales de justicia tributaria.

122. Foméntese el desarrollo del ferrocarril y del transporte marítimo todo lo posible y no dejando zonas privadas de un desarrollo efectivo de aquél. Prohíbese la circulación rodada particular en las zonas o núcleos más frágiles o de mayor contaminación. Prohíbanse ciertas actuaciones contaminantes. Establézcanse limitaciones. Auméntense considerablemente las ayudas a la investigación y producción de vehículos y carburantes menos contaminantes, hasta que se llegue a hacer a los mismos asequibles y viables para todos los sujetos, de cualquier capacidad económica. A lo que no se puede llegar es a aberraciones ilógicas cargando fiscalmente de una forma irracional productos de los que no se puede prescindir en formas de vida que, paradójicamente, se quieren promocionar o defender su mantenimiento. Pensemos, así, en la defensa de las zonas agrícolas o rurales dentro de la Unión Europea y del paradójico peso fiscal desproporcionado que deben soportar en un elemento allí más que esencial como son los carburantes.

123. La forma en que se ha llevado hasta la fecha la vinculación de las ideas de fiscalidad y medio ambiente no ha sido la más correcta, justificando en el fondo en su contrapartida económica actuaciones lesivas del mismo. Es más, la trayectoria pública medioambiental no ha sido nada correcta, intentando con un rápido lavado de imagen corregir grandes errores silenciados del pasado. Hablamos de una política en materia de medio ambiente errónea no sólo en sede de fiscalidad.

124. Por todo ello, no queremos que los ejemplos que exponemos en este trabajo sean tomados como un desprecio por la perspectiva de la protección del medio ambiente, pues no habría nada más lejos de la realidad en nuestra intención. Entendemos, no sólo en el plano fiscal, que se puede mejorar y mucho la política medioambiental y su gestión económica. Es más, defendemos un fortalecimiento de la misma que, por otra parte, nunca deberá servir para justificar situaciones irracionales en materia tributaria, ni desde una perspectiva nacional, ni desde una perspectiva comunitaria. Recordemos que la

Unión Europea en gran medida es la responsable de las situaciones de doble imposición que se dan en este ámbito.

V. La cuantía de las acumulaciones de impuestos

125. Para determinar la cuantía de un límite en relación a la imposición sobre el consumo, es necesario partir de que éste debe ser, en principio, un límite general, es decir, en relación o válido para la generalidad de los productos y servicios, sin perjuicio de otros posibles límites especiales, en función de la toma en consideración de ciertas circunstancias particulares o excepcionales. Así, tratándose de bienes y servicios de primera necesidad, o sea, bienes y servicios sin los cuales no se puede sobrevivir, es lógico que el límite se encuentre por debajo de un límite general. Piénsese, por ejemplo, en alimentos y sustancias sin las cuales no es posible la vida humana. Es decir, tratándose de bienes y servicios de primera necesidad, el respeto a los principios constitucionales de justicia tributaria nos obligaría a respetar un límite inferior al posible límite general que en relación a la imposición sobre el consumo se debería fijar atendiendo al principio de no confiscatoriedad en materia tributaria.

126. Pues bien, en atención a este principio, la imposición sobre el consumo se debería mover por debajo de un determinado límite general, porque, de no ser así, podría estarse restringiendo indebidamente las posibilidades reales de acceso a la adquisición de los bienes y, de esta forma, las posibilidades de acceso a la propiedad de los mismos. Sin poder acceder a la propiedad o adquisición de los bienes, en principio, no se pueden consumir éstos. Volvemos a ver la conexión de este problema con el respeto del derecho a la propiedad privada. Sin el respeto de ese límite general se violarían tanto el mantenimiento de la propiedad privada, como las posibilidades de acceso a la misma, desde una perspectiva de rigor conceptual.

127. Si para consumir –lo que normalmente implica adquirir la propiedad de lo que se consume– uno debiese destinar al consumo una cantidad de unidades monetarias de su patrimonio en medida tal que la carga impositiva con la que se queda el Estado es superior al valor económico de los bienes que se integran en su patrimonio, se estaría violando el principio de no confiscatoriedad en materia tributaria, pues se estaría lesionando el derecho de propiedad privada tanto en relación a su mantenimiento, como en relación a su adquisición. Consumiendo, el Estado se llevaría más de lo que nos quedaría, o, dicho de otro modo, adquiriendo, el Estado se llevaría más de lo que recibimos. Pensemos aquí en una adquisición de la propiedad sobre productos en un sentido amplio, pues casi todos los productos son en rigor y realmente objeto de propiedad. Es decir, no nos movamos aquí con un esquema tradicional limitado en materia de propiedad, pensando, como se hace normalmente al oír ese concepto, en la propiedad sobre inmuebles, que no es el mejor ejemplo para ilustrar la problemática que se quiere poner aquí de manifiesto.

128. En función de lo expuesto, el límite entendemos que debería fijarse en la no superación de un porcentaje del 100% del valor del bien⁵³. Y, de cara a una viabilidad práctica en su aplicación, por elevado que sea y dada la tradición impositiva que ha venido rigiendo en nuestro ámbito, aplicarlo tomando en consideración sólo la imposición sobre el consumo. Mezclarlo, en una primera aproximación, con los porcentajes de imposición sobre la renta y el patrimonio, donde juegan tipos de gravamen progresivos, haría inviable su aplicación, dado que en estos otros impuestos sus tipos de gravamen determinan un porcentaje de tributación en función de la capacidad económica de cada sujeto individualmente consi-

⁵³ Aunque en relación a un tributo con una naturaleza muy particular y bien distinto de los impuestos que aquí nos vienen sirviendo de ejemplo, SOTRES MENÉNDEZ destacó que un «tipo del 115 por 100 del precio indicativo de la leche, reviste un claro carácter confiscatorio» («Nuevo régimen de la tasa suplementaria en el sector de la leche y productos lácteos (sistema de cuotas lecheras)», en *Gaceta Fiscal*, núm. 125, 1994, pág. 186). En similar sentido se pronunció FALCÓN Y TELLA en relación al mismo tributo, señalando que «es evidente que un impuesto del 115 por 100 es contrario a la capacidad contributiva, ya que resulta confiscatorio» («La tasa suplementaria en el sector de la leche y de los productos lácteos: un impuesto confiscatorio y discriminatorio entre ganaderos», *cit.*, pág. 5).

derado. Todo ello sin perjuicio de alguna consideración adicional que debamos hacer en relación a esos otros índices de capacidad económica posteriormente, especialmente con respecto a la renta.

129. Así pues, centrándonos en la imposición sobre el consumo, planteándonos la carga fiscal que puede soportar un determinado producto, debemos entender que ésta no podrá ser superior al cien por cien⁵⁴, de forma que la carga fiscal que soporte el consumidor final de un producto no pueda ser

⁵⁴ En un alarde de inspiración, el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico 9 de su Sentencia 150/1990, de 4 de octubre, señala que sería «evidente el resultado confiscatorio de un Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas cuya progresividad alcanzara un tipo medio de gravamen del 100 por 100 de la renta». Lo que sucede es que esa obviedad la manifestó el Tribunal Constitucional en materia de imposición sobre la renta, mientras que el límite del 100% del que hablamos aquí sería un límite en materia de imposición sobre el consumo. El límite del 100% no podría jugar de la misma manera en materia de imposición sobre la renta y en materia de imposición sobre el consumo. Una tributación del 100% en la imposición sobre la renta, obviamente en hipótesis de laboratorio, privaría al sujeto de cualquier renta que después hubiese podido destinar al consumo, con lo cual se cerraría, en función de ello, la posibilidad de una posterior imposición sobre el consumo. De todos modos, en la práctica, aunque no se haya concretado en un determinado porcentaje, lo que está claro es que para no considerar la imposición sobre la renta como confiscatoria el tipo de gravamen debería estar bastante por debajo de ese límite del 100%, mientras que la imposición sobre el consumo, aun sin llegar a este límite, podría moverse, para ciertos productos, por encima del límite que se pudiese establecer para la imposición sobre la renta. Por otra parte, en materia de imposición sobre la renta, la existencia de un mínimo exento (plasmado de una u otra manera, según el sistema fiscal de que se trate), ante un hipotético tipo de gravamen del 100%, haría que la tributación efectiva siempre estuviese por debajo de ese porcentaje, por muy alta que fuese, a lo que habría que añadir el juego, en el mismo sentido, de los otros tipos más bajos, dentro de la hipotética escala de tipos de gravamen. Pero, al margen de todo ello, tipos de gravamen muy altos en la imposición sobre la renta desincentivarían la producción y tendrían unos efectos económicos difícilmente pensables. El problema, además, de tan llamativo pronunciamiento del Tribunal Constitucional, es que éste al hablar del límite del 100%, no habla de tipo marginal máximo, sino de tipo medio de gravamen, de tal forma que serían situaciones en que no queda ninguna renta a disposición del contribuyente. De todos modos, parece excesivamente simplista el hecho de que el Tribunal Constitucional se permita decir que una tributación del 100 por 100 en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas sería confiscatoria. Ante tal pronunciamiento del Tribunal Constitucional, YEBRA MARTUL-ORTEGA señala lo siguiente: «Lo que argumenta resulta obvio. Sólo en un Estado dictatorial cabe pensar que a uno se le despoje de sus rentas y propiedades o se ponga una tarifa del 100 por 100 y eso cabe pensarlo respecto a unos pocos, pero no a todos. Un impuesto de ese tipo se cobraría una vez nada más, puesto que al año siguiente no habría rentas ni propiedades para pagar, suponiendo que sobreviva el sujeto pasivo» (*Constitución Financiera Española. Veinticinco años*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2004, pág. 191). Y es que parece sorprendente que un órgano como el Tribunal Constitucional realice unas consideraciones como las vertidas en la citada Sentencia 150/1990, consideraciones que SÁNCHEZ SERRANO califica de «peregrinas y pintorescas» (*Tratado de Derecho Financiero y Tributario Constitucional*, I, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 566, nota 97). En todo este tema debemos pensar siempre no sólo en la carga fiscal provocada por un impuesto, sino también y esencialmente en las situaciones de plurimposición, en cuanto acumulaciones de impuestos sobre un mismo objeto de gravamen. A su vez, dentro del objeto de gravamen, recordemos, como hemos visto, la diferenciación que FERREIRO realiza entre el objeto material y el objeto fin del tributo, situando el primero en la riqueza efectivamente gravada por cada tributo, mientras que el segundo haría referencia a la riqueza que se quiere gravar, entendida como fin o fines del tributo («El objeto del tributo», *cit.*, págs. 229 y ss.). Esta didáctica diferenciación dentro del objeto de gravamen es asumida también por PAGÉS I GALTÉS en su obra *Manual del Impuesto sobre Actividades Económicas*, Diputació de Barcelona – Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 78. En ocasiones, los objetos de gravamen renta y patrimonio se solapan, intentando gravarse uno bajo el formato del otro. Partiendo, en su evolución, del antiguo «impôt sur les grandes fortunes», en relación a la antigua imposición sobre el patrimonio en Francia, tras destacar que se presentaba como justificación de la misma el dato de que «las llamadas rentas consolidadas que se siguen de la posesión de bienes o derechos, al margen de la voluntad del propietario, no escapan a la sujeción de un impuesto, de la misma forma que lo está la renta producida por ese capital o por el trabajo del contribuyente», ARIAS ABELLÁN señala cómo «subyace en este razonamiento, a pesar de su denominación, la concepción de un impuesto sobre la renta» («El impuesto sobre el patrimonio en Francia: antecedentes y estado actual», en la *Revista española de Derecho Financiero*, núm. 71, 1991, pág. 385). De otro lado, en relación al Sistema fiscal de Estados Unidos, R.A. MUSGRAVE y P.B. MUSGRAVE hablaban del «Impuesto sobre la Propiedad como Impuesto sobre la Renta del Capital» (*Hacienda Pública teórica y aplicada*, traducción de J.M. LOZANO IRUESTE, segunda edición, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1986, pág. 699). Podemos también tomar en consideración, por ejemplo, cómo en ocasiones los elementos renta y patrimonio se mezclan en la configuración de algún Impuesto, centrandó el hecho imponible en la titularidad de un elemento patrimonial y subyaciendo un objeto de gravamen basado en la renta. Tómese como ejemplo de esto la articulación del Impuesto sobre Bienes Inmuebles. Como expone MARTÍNEZ GARCÍA-MONCÓ, el Impuesto sobre Bienes Inmuebles puede ser presentado como un «impuesto nominal sobre el patrimonio y efectivo sobre la renta». Señala este autor, en relación al referido Impuesto local, que «aunque el hecho imponible como lo regula la Ley, grava la propiedad o situaciones jurídicas análogas, el objeto imponible es la renta» («El nuevo Impuesto municipal sobre Bienes Inmuebles», en *La Reforma de las Haciendas Locales*, Tomo I, Lex Nova, Valladolid, 1991, págs. 285 y 286). Esta disociación entre lo directamente contemplado y el trasfondo de lo que se grava, en la articulación del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, también la podemos encontrar expresada en otros términos. Así, CORS MEYA parte señalando que «nos encontramos a veces, como sucede con la antigua CTU, que el legislador vincula la

superior a las cantidades que, por otros conceptos, esencialmente el precio, pague por el mismo. Así, en esencia, el impuesto que pesa sobre un producto no puede ser superior al precio del mismo.

130. Si un producto tiene un precio de 50, los impuestos indirectos que se acumulen sobre el mismo no deberían ser superiores a 50. De no ser así, se estaría destinando, ante el consumo, más unidades monetarias al Estado que a nuestra economía particular, violándose el derecho a la propiedad privada. De este modo, si no se respetase ese límite del 100% se limitaría el acceso a ésta, pues deberíamos destinar más unidades monetarias a la imposición que las correspondientes al valor que entra en nuestro patrimonio y saldría de éste más del doble del valor de lo que vuelve al mismo.

131. Si, por ejemplo, para adquirir un determinado producto necesitásemos 100 unidades monetarias y 51 correspondiesen a la carga fiscal que soporta el producto y 49 al precio real del mismo sin impuestos, para adquirir tal producto saldría de nuestro patrimonio más del doble de lo que vuelve al mismo, aunque sea para su posterior consumo. Y ello por motivos fiscales. Esto es lo que se debería considerar confiscatorio por atentar contra el principio constitucional de no confiscatoriedad del Sistema tributario, no respetándose el derecho a la propiedad privada.

132. Obviamente, estamos hablando de un límite extremo dentro de una dimensión constitucional. Estamos hablando de un límite de justicia dentro de la lógica constitucional. Pero desde una perspectiva de política económica y de lógica económica qué duda cabe de que la economía de cualquier país y la economía de la propia Unión Europea se vendrían abajo si la fiscalidad de todos los consumos o de la mayoría de los consumos se ajustase o acercase a ese límite general del 100%. Lo lógico, habitual y necesario económicamente es que la mayoría de los consumos soporten una carga fiscal que se mueva muy por debajo del 100%, como realmente sucede.

133. Ahora bien, esto no quita la necesidad de ese límite para que la Hacienda Pública no se cebe indebidamente en la presión fiscal sobre determinados consumos de los que hoy día realmente no se puede prescindir. Los legisladores tributarios nacionales y las instituciones comunitarias deben respetar ese límite, para no caer en la injusticia de una presión fiscal irracional sobre determinados consumos de los que, en nuestro actual nivel de desarrollo, no se puede prescindir, afectando tanto a sujetos de elevada capacidad económica global, como a sujetos para los que ésta es baja, en el sinsentido de una tradición en la imposición indirecta. Y todo ello prescindiendo de abusivas utilizaciones del expediente de una extrafiscalidad en determinadas ocasiones sólo parcialmente real.

134. En otros supuestos la posibilidad de utilización del expediente de la extrafiscalidad es real, lógica y viable. Ello unido a la dimensión de que se trate en ocasiones de consumos en cierta medida superfluos o innecesarios podría legitimar, ante ciertas contadas situaciones, que se pudiese superar el referido límite del 100% fijado en relación a consumos necesarios. Una cosa es el consumo por placer, por decirlo de alguna manera, por muy “enganchado” que se esté al mismo, y otra muy distinta el consumo en el que juega mayormente un elemento de necesidad.

135. Por ejemplo, no se puede poner a un mismo nivel el consumo de tabaco y de bebidas alcohólicas de alta graduación y el consumo de los carburantes necesarios para la circulación rodada habitual. Quizás en relación a los primeros la mayoría de la sociedad o, por lo menos, “un buen padre o una buena

base al objeto del tributo, el cual no coincide exactamente, aun estando ciertamente relacionado, con el del objeto del hecho imponible. Así, cuando se presume que un hecho implica otro, como en los impuestos de producto, en donde se grava la renta producida a través de la fuente de su producción, es decir, la titularidad de la fuente patrimonial de renta se configura como hecho imponible, en lugar de contemplar directamente la renta producida». Junto a ello, señala este autor que «también la base puede mantener la ligazón con el hecho y entonces es ella la que junto al hecho imponible mantiene una relación indirecta con el objeto del tributo, como sucede con el actual IBI. De una u otra forma, se está gravando un hecho a través de otro, con el que razonablemente se puede establecer un valor de relación» («La base imponible», en la *Revista española de Derecho Financiero*, núm. 72, 1991, pág. 498).

madre de familia” no tendría tanto inconveniente en aceptar como legítima, en un plano de lógica constitucional de justicia, una tributación por encima del 100%, como con respecto al consumo de carburantes, donde ya el límite del 100% le parecerá alto, aunque un respiro en comparación con las situaciones que se han venido dando⁵⁵, sobre todo si para su vida normal y cotidiana no puede prescindir del vehículo propio al no disponer en su ámbito de unas redes de transporte público que cubran sus necesidades.

136. Piénsese en quien vive en zonas rurales, que suelen ser las más necesitadas, donde no se dispone de transporte público a cualquier hora o con destino a cualquier sitio, frente a quien viva, por ejemplo, en una gran ciudad. O piénsese también en quien no tiene la suerte de trabajar en el centro de la ciudad y la única forma de llegar a su trabajo es con su propio vehículo. A quienes tienen estos problemas, que no son pocos si pensamos en las zonas rurales, no les exijamos el mismo esquema mental enquistado en quien tiene una boca de metro a pocos minutos de su casa y el transporte público puede cubrir todas sus necesidades. El gasóleo y las gasolinas son “necesarios” o “muy necesarios” para gran parte de la población en el actual nivel de desarrollo de nuestra sociedad. Cosa distinta pueden ser ciertos hidrocarburos menos esenciales, altamente contaminantes y más sustituibles, donde la extrafiscalidad pueda jugar abiertamente determinando una mayor presión fiscal.

137. La lucha contra la contaminación ocasionada por el consumo de hidrocarburos “normales” no se debe hacer, ni desde los Estados, ni desde las instituciones comunitarias, ahogando fiscalmente a los mismos. Eso no lo puede aceptar, ni moralmente, quien tiene una buena posición económica en función de su cargo, ni mucho menos quien viaja en vehículo oficial, por muy al uso que esté el recurso a la frase de que alguien tiene que asumir la responsabilidad de las decisiones poco agradables.

138. Frente a esa falsa extrafiscalidad, pues en poco ayuda a la solución de los problemas que pretende combatir, la lucha contra la contaminación por carburantes se debería hacer de otra forma. Se debería incentivar en mayor medida con subvenciones directas, por altas que éstas tengan que ser, la investigación y producción de carburantes menos contaminantes y de vehículos aptos para su uso, a precios accesibles incluso a sujetos de baja capacidad económica. Cuando cualquier sujeto pueda acceder a precios asequibles a vehículos no contaminantes y tales vehículos den unas prestaciones en cierta medida similares a las de los actuales, entonces estará legitimada una presión fiscal elevada sobre el gasóleo y las gasolinas; mientras no. La mala evolución de los vehículos eléctricos, afronta unas infraestructuras y unos ciudadanos que no pueden asumirlos en masa, como fiel reflejo de ella.

139. Mientras ese nivel de desarrollo tecnológico y de producción industrial no llegue, la solución no es ahogar fiscalmente el gasóleo y las gasolinas. Y no sirve siempre el argumento de la posibilidad o necesidad de la utilización del transporte público frente al privado, pues eso no es real en muchos casos y en la mayoría de las zonas de nuestro territorio; sobre todo es falso en las zonas menos desarrolladas y más necesitadas. Solúcionese, pues, el problema con mayores ayudas y subvenciones directas a la investigación y producción de carburantes menos contaminantes y de vehículos aptos para los mismos, con unas prestaciones similares a las de los vehículos actuales –por lo menos similares a los de gama baja- y a precios accesibles incluso a los sujetos de baja capacidad económica. Subvenciones que deben venir tanto de la Unión Europea como de los Estados miembros. Y replantéese la situación de los vehículos eléctricos en relación a la generalidad de la sociedad y de las necesidades y posibilidades de ésta, tomando en consideración las carencias de las infraestructuras eléctricas existentes.

⁵⁵ En relación a la carga fiscal que soportan los carburantes, sería necesario partir de los niveles mínimos de imposición establecidos en la Directiva 2003/96/CE del Consejo, de 27 de octubre de 2003, por la que se reestructura el régimen comunitario de imposición de los productos energéticos y de la electricidad (DO L 283, de 31 de octubre de 2003). A partir de ahí, deberíamos fijarnos en aquello en lo que pudiesen exceder, sobre esos niveles mínimos de imposición, los tipos de gravamen del Impuesto sobre Hidrocarburos en nuestra Ley de Impuestos Especiales. También habría que añadir la carga fiscal que representa el IVA, aplicándose éste sobre el precio del producto y sobre las cuotas del Impuesto sobre Hidrocarburos (art. 78.dos.4º de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del IVA).

140. Baste todo esto como ejemplos para distinguir unos productos a los que, de una u otra forma, no se les puede quitar el calificativo de necesarios, de otros en relación a los cuales se puede prescindir de tal calificativo. En relación a los primeros se legitimaría totalmente la garantía de un límite máximo del 100% en relación a su imposición, desde una perspectiva de justicia y lógica constitucional, mientras que el expediente de la extrafiscalidad puede justificar en algunos casos en relación a los segundos situaciones extremas en que ese límite se amplíe o crezca a un porcentaje superior. Pero aun en estos otros casos en que el límite se pudiese entender que podría sobrepasar el 100%, tampoco podría ir mucho más allá. Es decir, aunque existiesen circunstancias lógicas amparables constitucionalmente que permitiesen ante ciertos productos excepcionalmente una tributación por encima del 100%, tal tributación tampoco podría ir mucho más allá. Ello en función de que aquí se estarían destinando al consumo medios monetarios procedentes de unas ganancias que ya han tributado en la imposición sobre la renta.

141. Con similares esquemas lógicos, si en relación a un determinado Sistema fiscal⁵⁶, entendiésemos que en la imposición sobre la renta, sumados todos los impuestos que incidan sobre ésta, no pueda existir una tributación superior al 50% para no ser confiscatoria⁵⁷, a ella se debería sumar la imposición sobre el consumo. De todos modos, en ese Sistema fiscal imaginario el 50% sería un límite a la progresividad y la mayoría de los sujetos se moverían por debajo del mismo. Pero en situaciones extremas, combinando el límite del 50% en relación a la imposición sobre la renta con el límite del 100% en relación a la imposición sobre el consumo, nos podríamos encontrar con situaciones de laboratorio como la siguiente.

142. Un sujeto de elevada renta, que tributase a un tipo medio próximo al 50% en la imposición sobre la misma y que desee realizar un consumo de los que soportasen la presión fiscal más elevada, próxima al 100%, podría encontrarse con una situación irracional. De 100 unidades monetarias que hubiese ganado, aproximadamente 50 habrían tributado por la imposición sobre la renta y 50 las podría destinar al consumo apuntado. De estas 50 destinadas al consumo 25 podrían corresponder al valor de lo que va adquirir para poder consumirlo y 25 podrían corresponder a los impuestos que soportaría ese consumo. De manera que de 100 que ganaba como renta, sólo disfrutaba realmente lo equivalente a un valor de 25, con lo cual en ese caso extremo de laboratorio la tributación global por el Sistema fiscal podría llegar a un 75% por esas 100 unidades monetarias.

143. Es una hipótesis extrema, que simplemente queremos utilizar para hacer ver que aun en aquellos supuestos en los que consideramos que la extrafiscalidad y, si se quiere, cierta toma en consideración del elemento lujo, pudiese justificar para el consumo de determinados productos excepcionales una presión fiscal superior al referido límite del 100%, tal presión fiscal superior no podrá ir mucho más allá de tal límite o ser muy superior al mismo, porque conjugada con una elevada presión fiscal sobre la renta en casos particulares de sujetos de elevada capacidad económica se podría llegar a una presión fiscal global del Sistema tributario que llegase a unos niveles desorbitados, aunque en supuestos excepcionales.

144. De otro lado, en aquellos supuestos en los que la base imponible se determina en términos monetarios, partiendo ésta esencialmente del precio del producto, de forma que el tipo de gravamen consista en un tanto por ciento de la misma, resultaría más fácil la aplicación del límite descrito en el apartado anterior. Ahora bien, en aquellos supuestos en los que la base imponible no se determina en

⁵⁶ Podríamos tomar en consideración al respecto el pronunciamiento del Tribunal Constitucional alemán en relación al límite de la imposición en su país. Sobre este tema véase P.M. HERRERA MOLINA: «Una decisión audaz del Tribunal Constitucional Alemán: el conjunto de la carga tributaria del contribuyente no puede superar el 50% de sus ingresos. Análisis de la sentencia del BverfG de 22 de junio de 1995 y de su relevancia para el ordenamiento español», en *Impuestos*, II, 1996, págs. 1033 y ss.

⁵⁷ En materia de imposición sobre la renta, para que no exista confiscatoriedad y se respete el derecho a la propiedad privada, el límite impositivo no sería del 100%, sino que debería ser del 50%. Si de la renta que recibiese un sujeto los poderes públicos se quedasen con más del 50% de la misma, prevalecería lo público sobre lo privado, dejando vacíos de contenido los referidos mandatos constitucionales. Ahora bien, en materia de imposición sobre el consumo el límite debería ser del 100% del precio del producto antes de impuestos, para que no prevalezca lo público sobre lo privado en el acceso a los bienes.

función del precio, sino en términos no monetarios, resultaría algo más difícil la aplicación del límite anterior. Se trataría de impuestos en los que la base imponible consistiese en el número de unidades, en el volumen de producto, en el peso de éste, en su poder energético, o en cualquier parámetro similar no monetario. En estos impuestos el tipo de gravamen viene a consistir en una cantidad de dinero por un determinado número de unidades de producto, de volumen de éste, de peso del mismo, etc.

145. Tratándose de bases imponibles fijadas en términos monetarios, la cuota resulta fácilmente comparable con la base imponible, de manera que se pueda comprobar si aquélla supera el 100% de ésta. En realidad, si se tratase de un único impuesto bastaría con fijarnos en el porcentaje del tipo de gravamen, viendo si es o no superior al 100%. De esta manera, consistiendo en tales supuestos la base imponible principal o esencialmente en el precio, se puede ver si la carga fiscal que pesa sobre el consumo del producto es o no superior a ese límite. Si son varios los impuestos que inciden sobre el consumo del producto y todos ellos parten de bases imponibles monetarias, fijadas esencialmente a partir del precio de aquél, habría que sumar las cuotas de todos ellos para determinar la carga fiscal que pesa sobre el producto⁵⁸. La suma de las cuotas de todos los impuestos que incidiesen no debería superar el 100% del precio del producto.

146. Tratándose de una carga fiscal que va a ser soportada por el consumidor final debemos partir del precio del producto en la última fase del proceso de producción o distribución de éste, fase en la que el producto llega a aquél.

147. Cuando se trata de impuestos en los que la base imponible no se determina en términos monetarios, habrá que fijarse también, obviamente, en el precio del producto en la última fase del proceso de producción o distribución del mismo, es decir, en el precio que paga el consumidor final. Se trataría de un precio general para el producto, es decir, el precio medio de mercado, no pudiendo atenderse al precio cobrado a cada contribuyente en particular por circunstancias particulares, pues eso haría prácticamente inviable la puesta en marcha de la aplicación del referido límite.

148. Habrá que comparar la cuota con el precio del producto y ver que aquélla no represente más del 100% de éste. Ahora bien, los tipos de gravamen suelen permanecer más constantes que los precios. Los tipos de gravamen, en la práctica, no suelen variar más de una vez al año, normalmente a través de las modificaciones introducidas por las Leyes de Presupuestos Generales del Estado, en virtud de la habilitación de la Ley tributaria a la Ley presupuestaria⁵⁹.

149. Así, puede cambiar, con relativa facilidad para el legislador, el tipo de gravamen anualmente, pero, frente a ello, los precios pueden variar caprichosamente con más facilidad, en función de las situaciones de mercado, siempre que no se trate de precios fijados administrativamente por los poderes públicos, en cuyo caso el precio lo determinarían éstos. Pero, como decimos, tratándose de precios libres, sólo sometidos a los vaivenes del mercado, pueden cambiar en cualquier momento.

150. Puede suceder que el legislador tributario haya establecido unos tipos de gravamen en función de los cuales la carga fiscal no sea superior al precio del producto en ese momento de su establecimiento, pero que la bajada del precio haya hecho que la carga fiscal se haya quedado por encima de aquél. Si el precio baja, el tipo de gravamen y, así, la cuota podrían quedar descompensados frente a aquél. Por ello, deben existir mecanismos de ajuste más o menos rápido de los tipos de gravamen a las bajadas del precio. Ello se podría hacer a través del Decreto-Ley. Pero, para prevenir esos cambios, el legislador debería no fijar una carga fiscal demasiado próxima al precio, sino bastante más baja, de forma que cuando baje el precio la carga tributaria no quede demasiado alta con respecto al nuevo precio. Así,

⁵⁸ No bastaría con sumar los porcentajes de los tipos de gravamen de todos los impuestos si éstos se aplican en distintas fases del proceso de producción o distribución del bien o servicio, pues en cada fase cambiaría el precio de referencia.

⁵⁹ Cfr. el artículo 134.7 de la Constitución.

la carga fiscal siempre deberá ir más baja con respecto al límite, para que se pueda jugar con un cierto margen, de manera que no haya que proceder por vía de urgencia a las reformas legislativas necesarias para la reducción de los tipos de gravamen.

151. Y lo mismo se podría decir con respecto a las instituciones comunitarias en relación a las directivas de armonización fiscal, que también deberán jugar con cierto margen, siempre bastante por debajo del límite -si es que quieren aproximarse a éste-, para prevenir cualquier bajada de precios que descompense la relación entre la carga fiscal y el precio, que es la que hace que se respete el límite. Ello sin perjuicio de que las instituciones comunitarias también deban proceder con la correspondiente celeridad a las reformas normativas que sean necesarias para el respeto a ese límite.

152. Pero siempre, como decimos, tanto el legislador estatal como las instituciones comunitarias deberían no aproximarse demasiado al límite, jugando bastante por debajo para que un cambio brusco de los precios a la baja no provoque repentinamente una situación que suponga el no respeto del citado límite. Es decir, que se juegue con un margen que, como diría un castizo, no determine que el legislador se pille los dedos, ante una bajada de precios. Ello sobre todo cuando se trata de precios muy cambiantes, en función de circunstancias más o menos imprevisibles. Aunque el simple dato de saber que se trata de productos con precios muy cambiantes ya reclama cierta previsión, consistente en jugar siempre con un amplio margen por debajo del límite. No actuar así supondría una labor de creación normativa irresponsable y temeraria.

153. Retomando la idea de la complejidad en la aplicación del estudiado límite, sobre todo cuando se trata de impuestos con bases imponibles no monetarias, debemos destacar que pueden incidir sobre un determinado producto varios impuestos con bases imponibles no monetarias o al mismo tiempo impuestos con bases imponibles no monetarias e impuestos con bases imponibles monetarias. Las distintas posibilidades de acumulación de impuestos, con las citadas formas de cuantificación de sus bases imponibles, aportan un elemento adicional de complejidad a la problemática descrita.

154. Dejando a un lado lo anterior, debemos volver sobre dos ideas expuestas, para aclarar hasta dónde confluyen y hasta dónde no, eliminando posibles erróneas apariencias. De un lado, hemos hablado de un 100% del precio del producto, antes de impuestos, como límite a la imposición sobre el consumo. De otro, hemos puesto de manifiesto el alto coste económico que soportan los consumidores en relación a los carburantes, en función de la carga fiscal que existe sobre éstos. También hemos apuntado que, frente al IVA, cuyos tipos de gravamen se fijan en un tanto por ciento de la contraprestación satisfecha, en los impuestos específicos sobre los carburantes los tipos de gravamen se fijan, esencialmente, en una cantidad por volumen de producto.

155. Con todo ello no queremos dar la impresión de que proponemos que en los impuestos específicos sobre los carburantes se pasase a establecer tipos de gravamen consistentes en un tanto por ciento del precio. Entendemos que ésta no sería una medida acertada, pues cuando se disparasen los precios del petróleo eso podría multiplicar también desproporcionadamente la presión fiscal sobre los carburantes habituales. Cuando hablamos del referido límite del 100% lo hacemos en el sentido de que tal porcentaje debe servir para poner en evidencia que la carga fiscal sobre los carburantes, aunque fijada en una cantidad por unidad de volumen, debe establecerse con suficiente margen por debajo de ese límite. Y ello buscando una prudencia económica, dado que cuanto más alta sea la carga fiscal sobre los carburantes, peor es el mensaje o imagen que se transmite a los países productores de petróleo, pues si a éstos se les hace ver que los consumidores pueden asumir una alta presión fiscal sobre los mencionados productos, tales países pueden entender que también podrán asumir la elevación del precio del petróleo fruto de sus recortes de la producción, sin perjuicio de los efectos adicionales de ciertas crisis internacionales. Así, los productos de precios muy altos e inestables no son los más adecuados para soportar una elevadísima fiscalidad, como sucede con los combustibles habituales u otros productos energéticos. Y todo en un contexto de doble imposición entre el IVA y los impuestos especiales, estructurado desde el Derecho de la Unión Europea.

VI. Constitucionalidad, racionalidad y legitimidad

156. El principio de no confiscatoriedad aparece en el artículo 31.1 de nuestra Constitución predicado del Sistema tributario, por lo que el mismo jugaría en relación a tal Sistema en su conjunto. Pero, al mismo tiempo, hemos visto la vinculación existente entre las ideas de no confiscatoriedad en materia tributaria y de propiedad privada. La interpretación de las mismas siempre deberá realizarse desde la perspectiva de la justicia, pues ésta, a partir del calificativo de «justo» que aparece expresamente en el citado precepto de la Constitución, se convierte en un valor invocable en sí mismo en materia tributaria, resolviendo posibles dudas en la articulación de los demás principios en juego. Pero, por muy indeterminada que pueda ser en sí la idea de justicia, hay ciertos elementos de los que es obvio que no se puede prescindir en su concreción, como puedan ser las ideas de lógica y racionalidad. Lo justo será siempre más difícil que aparezca como ilógico o irracional.

157. Como decimos, en relación al Ordenamiento tributario se habla en nuestra Constitución de «sistema» y de «justo». Tales exigencias contenidas en el apartado 1 del artículo 31 del citado texto constitucional no podrán hacerse efectivas si no es desde la racionalidad en la estructuración de las distintas figuras tributarias.

158. En el análisis de la idea de racionalidad con respecto al Sistema tributario es necesario partir de las consideraciones que realizó SAINZ DE BUJANDA, que no podemos sino recoger aquí, incluso en su literalidad⁶⁰. Distinguía este Profesor entre una «racionalidad interna» y una «racionalidad externa». Señalaba que «un sistema tributario sólo es racional si, acreditada la racionalidad interna de cada figura tributaria, acierta a asociarla a su racionalidad externa, es decir, a su capacidad para combinarse armónicamente con las restantes modalidades de imposición que integran el conjunto». Destacaba este autor que «la racionalidad externa de un tributo consiste en su idoneidad para integrarse dentro del sistema, sin romper la racionalidad de este último, lo que acontece si cualquiera de las figuras impositivas que lo componen, al asociarse con las restantes, destruye los objetivos básicos del sistema, conculca los principios generales de justicia tributaria». Añadía que «la técnica para lograr esa racionalidad externa consiste en que el legislador, al establecer cada tributo, o al modificar sustancialmente uno preexistente, compruebe con rigor si puede ensamblarse sin violencia en el conjunto».

159. Todo esto llevaba a SAINZ DE BUJANDA a sentenciar que «la racionalidad no puede en modo alguno separarse del valor “justicia”, ni de otras exigencias –seguridad, certeza- asociadas a ella». Así, señalaba este autor que «un sistema tributario, en efecto, sólo es racional si es justo, y sólo puede ser justo si se adecua a las normas fundamentales y primarias del ordenamiento positivo, contenidas en el texto constitucional, y a los principios generales del Derecho, de raigambre iusnaturalista». Las palabras que hemos recogido de este Profesor, expresaban consideraciones que, como diría un castizo, no tienen desperdicio.

160. Ante las dos perspectivas de la racionalidad mencionadas, interna y externa, es esta última la que más directamente se conecta a la idea de sistema, aunque ninguna de las dos puede desconocerse, obviamente, en la construcción del Sistema tributario.

161. Si verdaderamente queremos que el Sistema tributario sea precisamente eso, sistema, no puede consistir sólo en una acumulación de figuras, sino en un entrelazado armónico de las mismas. En la medida en que no sea una mera suma de tributos, sino un conjunto armónico de éstos, será mayor la racionalidad y, en función de ello, como hemos visto, también será mayor la justicia, que debe presidir el Ordenamiento tributario.

162. El análisis de si un Sistema tributario en su conjunto es confiscatorio o si atenta contra la capacidad contributiva global del sujeto puede resultar difícil. El análisis de estos problemas debe partir

⁶⁰ *La Contribución Territorial Urbana. Trayectoria histórica y problemas actuales*, Consejo General de Cámaras de la propiedad urbana de la Comunidad Valenciana, Valencia, 1987, págs. 5 a 15.

de la conformidad con los principios constitucionales de justicia tributaria de cada figura impositiva en particular. De ahí se debe pasar al análisis de la conformidad con la Constitución de las confluencias de impuestos sobre una misma manifestación de capacidad económica y, así, de los casos de plurimposición sobre un mismo objeto de gravamen.

163. Del análisis de un impuesto pasaríamos al de varios confluentes entre sí. Esto nos irá permitiendo un examen y una contemplación más estricta y rigurosa de la justicia del Sistema tributario en su conjunto. Como resultado de ello se podrían poner de manifiesto casos concretos de inconstitucionalidad o entender que no se dan. Pero lo que sí se revelarían serían contables supuestos que, aun manteniéndose en los límites estrictos de una literalidad constitucional, rozarían el límite de la racionalidad, sistematicidad, buena técnica y orden del Sistema tributario en su conjunto.

164. Así pues, entendemos que una técnica útil para el análisis de la racionalidad y constitucionalidad del Sistema tributario es comenzar por el análisis de la racionalidad y constitucionalidad de cada figura impositiva y de ahí pasar al análisis de las implicaciones de oportunidad técnica y constitucionalidad de los casos de plurimposición, en cuanto confluencias concretas de impuestos, contribuyendo así a la comprensión y consideración más racional del Sistema tributario en su conjunto.

165. Puede suceder que cada figura del Sistema tributario, aisladamente considerada, responda aparentemente al principio de capacidad económica. Pero el Sistema tributario en su conjunto, ante irracionales acumulaciones de impuestos, podría llegar a suponerle al sujeto una contribución a los gastos públicos superior a la que se debería corresponder con su capacidad económica global, llegando a límites confiscatorios. De ahí la forma de actuar que se propone.

166. De otro lado, señala MOSCHETTI que «elementos de la racionalidad son la coherencia entre los fines que el legislador se ha prefijado y los medios utilizados para alcanzar tales fines, la coherencia entre las singulares disposiciones y el sistema en el que las disposiciones están situadas, la proporcionalidad entre medios y fines, la proporcionalidad entre el sacrificio de un valor jurídico y la satisfacción de otros valores jurídicos»⁶¹. Pues bien, cuando el legislador persigue una aparente finalidad extrafiscal muchas veces desemboca en una situación irracional, cuando los medios utilizados no sirven para alcanzar dicho objetivo, tal y como hemos tenido ocasión de apuntar.

167. Así pues, las ideas de racionalidad y justicia deberán presidir la interpretación de las ideas de no confiscatoriedad y de propiedad privada en materia tributaria. De esta forma, la aplicación de estas ideas que no resulte racional difícilmente se podrá considerar justa.

168. Resulta muy difícil determinar si el Sistema tributario en su conjunto es o no confiscatorio. En función de todo lo expuesto, una tributación por todos los impuestos (no sólo los directos) superior al 50 por ciento de la renta total del sujeto empezaría, en principio, a romper con los esquemas de lo que hoy la conciencia social reconocería como racional.

169. Pero, como decimos, aplicar ese límite del 50 por ciento al Sistema tributario en su globalidad puede resultar muy difícil, ante la gran variedad de situaciones que se pueden dar en la práctica y sobre todo al combinar la imposición directa con la indirecta. Puede que un sujeto tenga una tributación global superior al 50 por ciento de sus rentas y que en su vida no efectúe actos de consumo que le supongan soportar por éstos una carga tributaria superior al valor de lo que adquiere para consumir. También podemos encontrar otros sujetos en relación a los cuales su tributación global por todos los impuestos directos e indirectos no supere el 50 por ciento de sus rentas y que para los mismos sí sea habitual la realización de actos de consumo en los que la carga tributaria soportada por éstos es superior al valor de lo que adquieren para consumir, de un modo u otro.

⁶¹ «La razionalità del prelievo ed il concorso alle spese pubbliche», en *Le ragioni del Diritto Tributario in Europa (Giornate di Studi per Furio Bosello)*, Università di Bologna, 2003, pág. 4, en www.berliri.giuri.unibo.it.

170. Por todo ello, en la búsqueda de la delimitación del principio de no confiscatoriedad, buscando esa racionalidad de la que hemos hablado, construyendo el esquema de un Sistema tributario justo, debemos comenzar por el análisis de cada figura tributaria y de las acumulaciones de impuestos sobre una misma manifestación de riqueza. Y, en atención a esa racionalidad, ni el Sistema tributario en su conjunto, ni cada impuesto aisladamente considerado, ni las situaciones de acumulaciones de impuestos sobre una misma manifestación de capacidad económica podrán resultar confiscatorios o atentatorios contra el derecho a la propiedad privada en su respeto en materia tributaria.

171. Por ello, la lucha contra las situaciones de no confiscatoriedad en materia tributaria, entendiéndose el respeto a la idea de propiedad privada de la forma más racional posible, debe comenzar por un análisis de cada figura impositiva, determinando su confiscatoriedad o no y, de ahí, si es que aisladamente no resultasen confiscatorias, pasar a las acumulaciones de impuestos sobre una misma manifestación de riqueza, determinando igualmente si resultan o no confiscatorias. Y una vez determinada su confiscatoriedad estaría clara su inconstitucionalidad, aunque el Sistema tributario en su conjunto no llegase al límite descrito *supra*. Y, frente a ello, si el Sistema tributario en su conjunto, en una amplia generalidad de contribuyentes, superase el citado límite, el mismo adolecería en gran medida de ser confiscatorio y, así, inconstitucional, aunque sus impuestos o acumulaciones parciales de éstos no diesen esa imagen por separado.

172. Concretando todas las ideas expuestas y al margen de lo que pueda suponer el Sistema tributario en su conjunto, la imposición sobre ciertos consumos por sí misma ya podría resultar confiscatoria. Así pues, ante el consumo de cada tipo de bienes en particular, debemos proceder determinando si cada impuesto aisladamente considerado puede resultar confiscatorio y si las acumulaciones de impuestos, es decir, si las situaciones de doble imposición o plurimposición, sobre cada consumo en particular puedan resultar confiscatorias. Para ello, ni cada impuesto aisladamente considerado, ni las acumulaciones de impuestos sobre el consumo de un determinado tipo de bienes pueden representar una carga tributaria superior al valor de lo que entra en el patrimonio del sujeto, que es lo que puede ser consumido. Una violación de este límite supone romper con el respeto racional a la idea de propiedad privada. Para consumir saldría del patrimonio del sujeto más del doble de lo que vuelve al mismo. Para adquirir algún tipo de bien para consumirlo, la Hacienda Pública se llevaría más de lo que vale lo que adquirimos, con lo cual la propiedad sería más pública que privada. Se trataría de algo irracional y, como tal, claramente injusto. Ahí es donde entendemos, en función de todo lo expuesto, que se debe concretar el límite de la no confiscatoriedad en materia de imposición sobre el consumo y, así, del respeto al derecho de propiedad privada en este sector de la imposición, analizándose, no sólo en relación al consumo en general en su globalidad, sino también en relación al consumo de cada tipo de bienes, cuya imposición, por sí misma, podría llegar a ser calificable de confiscatoria y, en función de ello, de inconstitucional.

VII. La implicación de la Unión Europea

173. Las instituciones de la Unión Europea se presentan como responsables en gran medida de la intensidad alcanzada por la imposición sobre el consumo. Ésta representa el ámbito esencial, más importante o más desarrollado, dentro de su armonización fiscal. Dentro de los impuestos que inciden sobre el consumo destacan el IVA, como Impuesto general sobre el consumo⁶², y los Impuestos Especiales, sobre consumos específicos. Tanto el IVA como la casi totalidad de los Impuestos Especiales se encuentran armonizados conforme a directivas de la Unión Europea⁶³.

174. En todos los Estados miembros de ésta debe aplicarse el IVA. Éste no es totalmente idéntico en todos ellos, sino que de las instituciones de la Unión Europea han emanado una serie de directivas,

⁶² Aunque debemos recordar, por lo que concierne a nuestro Estado, que en las Islas Canarias y en Ceuta y Melilla no se aplica el IVA, siendo otros impuestos distintos los que inciden sobre el consumo en dichos territorios.

⁶³ No es objeto de dicha armonización el Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte.

que contienen unas directrices a las cuales cada Estado debe ajustar su IVA nacional. Cada Estado tiene su propia ley reguladora del IVA y el IVA de cada Estado es similar a los del resto de Estados miembros, pero no idéntico. El IVA no está totalmente armonizado y, entre las cuestiones en las que el IVA puede variar, dentro de ciertos límites, de un Estado a otro se encuentra la cuantía de sus tipos de gravamen.

175. Así pues, en las directivas de armonización fiscal se establecen unos objetivos o directrices a cumplir o seguir, que son plasmados, con cierto margen de libertad, por los Estados miembros en sus leyes nacionales, dentro de los límites y disposiciones marcadas por las instituciones de la Unión Europea.

176. La existencia del IVA en todos los Estados miembros se debe a un doble orden de motivos: de un lado, el IVA sirvió de base a la articulación de un recurso propio⁶⁴ de la Unión Europea; de otro, y primordial, si se quiere conseguir un mercado único comunitario, es decir, si se quiere que el mercado comunitario funcione como un solo mercado y, así, como un verdadero mercado interior, es necesario que las normas fiscales esenciales que rijan en el mismo sean similares en todos los Estados miembros. Siendo el factor fiscal uno de los elementos esenciales que inciden sobre un mercado, si las normas fiscales que afectan al tráfico mercantil fuesen, a tal efecto, muy distintas en todos los Estados miembros de la Unión Europea, en la práctica nos podríamos encontrar con tantos mercados como leyes fiscales diferentes y, así, podríamos encontrarnos con tantos mercados como Estados miembros, con lo cual nos alejaríamos del objetivo de un solo mercado, un mercado único, un mercado interior. A ello debemos unir que con el IVA se consiguen objetivos de neutralidad fiscal y que con la armonización fiscal del lugar de realización del hecho imponible se evitan situaciones de doble imposición internacional, es decir, se evita que un mismo acto sea gravado a la vez por distintos Estados miembros.

177. Pues bien, la Unión Europea es actualmente responsable de la existencia del IVA y de los Impuestos Especiales de Fabricación⁶⁵. Estos impuestos no se encuentran totalmente armonizados. Ahora bien, las instituciones comunitarias suelen establecer unos tipos mínimos de gravamen armonizados, de forma que en ciertos impuestos los Estados miembros deban aplicar como mínimo tales tipos de gravamen, de manera que se consigan determinados objetivos de competencia entre Estados, es decir, evitando que una diferencia muy acusada de tipos impositivos entre Estados miembros desplace ciertas actividades hacia unos, en perjuicio de otros.

178. Por encima de los tipos mínimos de gravamen fijados en las directivas de armonización fiscal, al tratarse precisamente de eso, de mínimos, obviamente, salvo que la Unión Europea establezca unos máximos, los Estados miembros podrán incrementar tales tipos de gravamen en sus leyes naciona-

⁶⁴ El IVA para los contribuyentes de los Estados miembros de la Unión Europea se presenta como un impuesto indirecto, del que es acreedor el correspondiente Estado. Bien es cierto que, como hemos apuntado, las legislaciones nacionales sobre el IVA son el resultado de una armonización fiscal realizada a través de directivas comunitarias y que este Impuesto sirvió de base, como decimos, a la estructuración de un recurso propio comunitario. Pero este recurso de la Unión Europea, en sí mismo, no se configuró con naturaleza tributaria, aun partiendo en su articulación de la existencia y aplicación por los Estados miembros de un tributo, como es el IVA. Así pues, el IVA, que se presenta como un impuesto indirecto para el contribuyente comunitario, sirve de base para la articulación de un recurso propio de la Unión Europea, que de cara a ésta consiste en una prestación que debe serle satisfecha por los Estados miembros, sin que pueda afirmarse la naturaleza tributaria de tal prestación. Sobre este tema, destaca FALCÓN Y TELLA que «el IVA comunitario no es un tributo ni un recargo que venga a superponerse sobre el IVA nacional», señalando que «en el recurso IVA, lo mismo que en las contribuciones financieras, la Comunidad ostenta únicamente un derecho de crédito frente a los Estados miembros, a percibir determinadas cantidades» (*Introducción al Derecho Financiero y Tributario de las Comunidades Europeas*, Civitas, Madrid, 1988, pág. 308). De otro lado, MAMBERTO señala que «el IVA no es un tributo comunitario, en el sentido en que lo son los derechos aduaneros y los gravámenes sobre el azúcar, sino sólo un impuesto nacional armonizado» («L'IVA come risorsa propria delle Comunità Europee», en *Diritto e Pratica Tributaria*, núm. 6, Parte I, 1981, págs. 1519 y 1520). En el mismo sentido, véanse H. WALLACE: *Las finanzas de las Comunidades Europeas* (traducción de F. LOBO ALEU y A. MOLTÓ), Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1982, págs. 110 y 111; y D.M. RUFÍAN LIZANA: «Los ingresos de la CEE. Los recursos propios», en *Estudios sobre armonización fiscal y Derecho presupuestario europeo*, 2ª edición, Ediciones TAT, Granada, 1987, págs. 548 y 549.

⁶⁵ Además del Impuesto Especial sobre el Carbón.

les. Al mismo tiempo, en principio, siempre que no se trate de impuestos sobre el volumen de negocios similares al IVA, los Estados miembros podrán crear impuestos nacionales sobre consumos específicos⁶⁶, además de las accisas o Impuestos Especiales de Fabricación y del Impuesto Especial sobre el Carbón, armonizados éstos conforme a directivas de la Unión Europea.

179. Cuando se trata de impuestos armonizados conforme a directivas de ésta, los Estados miembros tienen el deber, en principio, de establecerlos en su territorio y de regularlos y aplicarlos conforme a las directrices recogidas en tales directivas. Junto a ellos, siempre que no se atente contra el Derecho de la Unión Europea, los Estados miembros podrán crear otros impuestos sobre consumos específicos.

180. Pues bien, es necesario plantearse, cuando la carga fiscal sobre el consumo de un producto pueda resultar confiscatoria, de quién es la responsabilidad de ello y, así, a quién le corresponde reducir los tipos de gravamen, a las instituciones de la Unión Europea o a los Estados miembros. Téngase en cuenta que éstos están obligados a respetar lo dispuesto en las normas comunitarias, no pudiendo contravenirlas.

181. Antes de resolver el citado interrogante, debemos plantearnos también, ante una carga fiscal sobre un determinado producto que pueda resultar confiscatoria, si lo que se debe reducir es el IVA o el impuesto que grava ese producto específico. Nosotros entendemos que el impuesto específico debe ceder frente al impuesto general, como es el IVA, pues si se actuase sobre éste se estarían, por decirlo de alguna manera, discriminando o diferenciando en su tratamiento ciertos consumos frente a otros, en la disciplina de ese Impuesto general, por motivos ajenos a este Impuesto en sí. Así, creemos que sobre lo que se debe actuar, reduciéndola, es sobre la carga fiscal que representa el impuesto específico que grava el consumo de un producto en particular. De esta manera, lo primero que habría que hacer es reducir el tipo de gravamen de dicho impuesto específico.

182. A su vez, es necesario determinar si ese impuesto específico se encuentra o no armonizado conforme a directivas comunitarias. Si ese impuesto específico, que entendiésemos como causante de una situación fiscal confiscatoria, no estuviese armonizado conforme a directivas comunitarias, la responsabilidad sería estatal y sería el correspondiente Estado miembro quien tendría que reducirlo, es decir, reducir su tipo o tipos de gravamen y, en su caso, suprimirlo, si por mucho que se redujesen sus tipos de gravamen no desapareciese esa situación confiscatoria.

183. Si ese impuesto específico se encuentra armonizado conforme a directivas comunitarias, habrá que ver si el correspondiente Estado miembro lo ha regulado en su ley nacional con un tipo de gravamen superior al tipo mínimo fijado por las directivas comunitarias; en tal caso, el Estado deberá reducir tal tipo de gravamen hasta que desaparezca la situación confiscatoria, pudiendo ser necesario llegar hasta el mínimo fijado por las directivas comunitarias. Si el tipo de gravamen se ha fijado en el mínimo establecido en las directivas comunitarias o se ha reducido, en función de lo apuntado, hasta tal mínimo y aun así la situación fiscal sigue resultando confiscatoria, correspondería a las instituciones comunitarias la responsabilidad de reducir los tipos mínimos de gravamen previstos en las directivas de armonización fiscal.

⁶⁶ Cfr. el artículo 401 de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006 (DO L 347, de 11 de diciembre de 2006), relativa al sistema común del IVA, que se corresponde con el antiguo artículo 33 de la Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1977, Sexta Directiva en materia de armonización de las legislaciones nacionales relativas al IVA, habiendo sido sustituida esta última Directiva por aquélla. Sobre ese artículo 33 pueden verse, entre otros, R. FALCÓN Y TELLA: «La compatibilidad del IVA con otros impuestos indirectos. STJCEE de 19 de marzo de 1991», en *Impuestos*, núm. 8, 1992, págs. 83 y ss.; A. MARTÍNEZ GARCÍA-MONCÓ: «El concepto de impuesto sobre el volumen de ventas en el artículo 33 de la Sexta Directiva: Consolidación de una interpretación jurisprudencial. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de marzo de 1991 (Asunto C 109/90, N. V. Giant vs. Commune d'Overijse)», en *Noticias/CEE*, núm. 83, 1991, págs. 115 y ss.; S. RAMÍREZ GÓMEZ: *Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de Impuesto sobre el Valor Añadido. Estudio sistemático e incidencia en la regulación española del Impuesto*, Aranzadi, Pamplona, 1997, págs. 220 y ss.; J.J. ZORNOZA PÉREZ: «Notas sobre el concepto de impuestos sobre el volumen de ventas en la Sexta Directiva», en *Noticias/CEE*, núm. 19, 1986, págs. 31 y ss.

184. Aquí estamos hablando de un deber o responsabilidad de reducir, cuando nos encontremos con la necesidad de actuar contra una situación derivada de normas ya existentes. Pero lo ideal sería que las autoridades nacionales y comunitarias no provoquen esas situaciones, es decir, que el legislador estatal y las instituciones comunitarias antes de crear una norma analicen si sus efectos van a resultar confiscatorios y, por tanto, no la creen o la creen con unos tipos de gravamen más reducidos. Lo que sucede es que el mal actuar en materia de creación normativa al que nos tienen acostumbrados tanto los legisladores estatales como las instituciones comunitarias nos hacen pensar en mayor medida que lo más probable, usual o habitual es que sea necesario actuar contra una situación normativa ilegítima ya existente.

185. La situación a resolver en función de los parámetros apuntados puede complicarse en la práctica en mayor medida. Así, podrían incidir al mismo tiempo tanto el IVA, impuesto general sobre el consumo, como un impuesto específico armonizado conforme a directivas comunitarias y, al mismo tiempo, otro impuesto específico de autoría puramente nacional. La solución habría que darla con los criterios de preferencia ya apuntados.

186. Pero no pensemos que tipos de gravamen aberrantes en cuanto excesivos sólo los podemos encontrar en relación a bienes o productos objeto específico de impuestos armonizados conforme a directivas comunitarias, que determinen una situación fiscal después incrementada en mayor o menor medida por los legisladores tributarios nacionales.

187. También podemos encontrar ejemplos de impuestos exclusivamente nacionales, que no hayan sido objeto de armonización fiscal, que por sí mismos pueden crear una situación confiscatoria en algún Estado miembro. Se trata de situaciones donde la responsabilidad es puramente estatal y no compartida entre el correspondiente Estado y la Unión Europea, aunque, en relación a ésta, siempre esté presente, en principio, el IVA, como impuesto general sobre el consumo, armonizado conforme a directivas comunitarias. Pero, como decimos, a la hora de resolver tales conflictos, tal y como hemos apuntado *supra*, siempre se debe actuar primero sobre el impuesto que grave el correspondiente consumo específicamente y no sobre el impuesto general sobre el consumo.

188. Pues bien, fijándonos en la disciplina fiscal puramente nacional sobre el consumo específico de algún tipo de bienes, podríamos detenernos en un supuesto que, desde otra perspectiva, distinta de la que ahora analizamos, ha llegado, de todas formas, a la jurisdicción de la Unión Europea.

189. El Tribunal de Justicia de ésta, en su Sentencia de 17 de junio de 2003 (Asunto C-383/01), se ha pronunciado sobre una cuestión prejudicial planteada en relación a la *lov om registreringsafgift af motorkoretojer* (Ley danesa del impuesto de matriculación de los vehículos automóviles) en su versión codificada de 14 de abril de 1999. En concreto, se planteó tal cuestión prejudicial con respecto al gravamen devengado al matricular por primera vez el vehículo en territorio danés, con un tipo del 105% sobre un primer tramo y del 180% sobre el resto del precio⁶⁷. La base imponible del referido impuesto danés partió del precio, incluyendo el IVA⁶⁸.

⁶⁷ Tipos de gravamen como éstos ponen de manifiesto cómo para individualizar una situación de confiscatoriedad no es necesario partir de una situación de plurimposición o acumulación de impuestos, pudiendo encontrar casos aislados de impuestos que por sí solos podrían recibir tal crítica. De todos modos, en ese ejemplo del consumo de automóviles habría que añadir, como en relación a casi todo, la carga fiscal del IVA.

⁶⁸ Nos encontramos así con una sobreimposición a la inversa de lo que sucede con aquellos casos provocados por el IVA en nuestro Ordenamiento (pero no en relación al Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte). Hablamos de sobreimposición porque se trataría de la aplicación del tipo de gravamen de un impuesto a la cuota de otro. Frente a esa forma de cuantificar la base imponible en el impuesto de matriculación danés, recordemos que en la base imponible de nuestro Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte no se incluye la cuota del IVA. En concreto, en el artículo 69,a) de nuestra Ley de Impuestos Especiales se establece que la base imponible de este Impuesto estará constituida «en los medios de transporte nuevos, por el importe que con ocasión de la adquisición del medio de transporte se haya determinado como base imponible a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido, de un impuesto equivalente o, a falta de ambos, por el importe total de la contraprestación satisfecha por el adquirente, determinada conforme al artículo 78 de la Ley del Impuesto sobre el Valor

190. El Tribunal de Justicia resolvió esta cuestión prejudicial sobre la base de la disciplina de la libre circulación de mercancías, a la luz del artículo 90 del Tratado CE, donde se prohibía que un Estado miembro grave directa o indirectamente los productos de los demás Estados miembros de la Unión Europea con tributos internos superiores a los que graven directa o indirectamente los productos nacionales similares. Se parte en ese asunto de la carencia de producción nacional de automóviles en Dinamarca. No obstante, el Tribunal de Justicia declaró en esta Sentencia que el citado artículo 90 del Tratado CE debía interpretarse en el sentido de que no se oponía al referido impuesto.

191. En el asunto que sirve de base a esta Sentencia nos encontramos con unos tipos de gravamen desmedidos, del 105% en un primer tramo y de un 180% en el segundo, sobre bienes también sometidos al IVA. En función de todo lo expuesto se trataría de un tributo que podríamos considerar confiscatorio, en los términos utilizados por nuestra Constitución y, así, atentatorio contra el derecho a la propiedad privada, en los términos comunes a la generalidad de las Constituciones europeas y a la dimensión comunitaria de los derechos fundamentales.

192. Pero el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no entró en este problema en la referida Sentencia, entre otras cosas porque no se le planteaba y, seguramente, porque se trataba de un tributo nacional no armonizado conforme a directivas de aquélla. No obstante, sorprende el paso de este asunto por el Tribunal sin que éste ni siquiera haya realizado alguna alusión a lo irracional que resulta la situa-

Añadido. No obstante, en este último caso, no formarán parte de la base imponible las cuotas del Impuesto General Indirecto Canario satisfechas o soportadas directamente por el vendedor de medio de transporte». Debemos tener en cuenta que el citado artículo 78.dos.4º de la Ley del IVA, en relación a la inclusión de tributos en la base imponible de éste, establece que esto «comprenderá los impuestos especiales que se exijan en relación con los bienes que sean objeto de las operaciones gravadas, con excepción del impuesto especial sobre determinados medios de transporte». En el momento en que se redactó este precepto los únicos Impuestos Especiales que existían, al margen del Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte, eran los Impuestos Especiales de Fabricación y obviamente ese precepto, al hablar simplemente de «impuestos especiales», estaba pensando en ellos, es decir, en los Impuestos Especiales de Fabricación. De todos modos, el artículo no incluye la especificación «de Fabricación», con lo cual el posterior Impuesto Especial sobre el Carbón también debería considerarse comprendido en dicha previsión de inclusión de su cuota en la base imponible del IVA. Todo ello sin perjuicio de que el amplio abanico de beneficios fiscales que ha venido rodeando al Impuesto Especial sobre el Carbón en nuestra Ley de Impuestos Especiales lo hiciera en muchos casos poco aplicable en la práctica. Pero volviendo al supuesto del Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte, hemos visto cómo nuestra Ley del IVA excluye de la base imponible de éste la cuota de aquél. También debemos recordar que es habitual en la práctica que la cuota del Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte se pague al concesionario que nos vende el vehículo, encargándose éste de su ingreso a la Hacienda Pública. Incluso, en los precios que se ofertan en publicidad, es normal que vaya incluido el importe de la cuota del citado Impuesto Especial. No obstante, a diferencia de lo que sucede en España, donde, como hemos visto, nuestra Ley del IVA aclara la cuestión, la citada situación ha provocado las correspondientes dudas en algún otro Estado comunitario; en concreto en Dinamarca, donde, como podemos apreciar, se ejerce una de las presiones fiscales más desorbitadas sobre los automóviles, poniéndose de manifiesto una desproporcionada vorágine impositiva. Pues bien, en relación a una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional de este otro Estado miembro, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el apartado 30 de su Sentencia de 1 de junio de 2006 (Asunto C-98/05) ha declarado que «en el marco de un contrato de venta en el que se prevea que, conforme al uso al que el comprador destine el vehículo, el distribuidor deberá entregar éste ya matriculado y por un precio que incluya el impuesto de matriculación que haya pagado antes de la entrega, dicho impuesto, cuyo hecho imponible no reside en la mencionada entrega, sino en la primera matriculación del vehículo en el territorio nacional, no se halla comprendido en el concepto de impuestos, derechos, tasas y exacciones parafiscales en el sentido del artículo 11, parte A, apartado 2, letra a), de la Sexta Directiva». Añade el Tribunal en este mismo apartado de esa Sentencia que «tal impuesto corresponde al importe recibido por el sujeto pasivo del comprador del vehículo, como reembolso de los gastos efectuados en nombre y por cuenta de este último, en el sentido del apartado 3, letra c), de la citada disposición». Recordemos que en el artículo 11.A.2.a) de la citada Directiva 77/388/CEE, entonces vigente, se establecía que «quedarán comprendidos en la base imponible: a) los impuestos, derechos, tasas y exacciones parafiscales, con excepción del propio Impuesto sobre el Valor Añadido». Al mismo tiempo, esa Sexta Directiva sobre el IVA establecía en su artículo 11.A.3.c) que «no se comprenderán en la base imponible: ... c) las sumas que un sujeto pasivo reciba del comprador de los bienes o del destinatario de la prestación en reembolso de los gastos pagados en nombre y por cuenta de estos últimos y que figuren en su contabilidad en cuentas específicas. El sujeto pasivo vendrá obligado a justificar la cuantía efectiva de tales gastos y no podrá proceder a la deducción del impuesto que, eventualmente, los hubiera gravado». Como reflejo de esto en nuestra Ley del IVA, cfr. el artículo 78.tres.3º de ésta. Pues bien, esos preceptos de la antigua Sexta Directiva sobre el IVA mencionados en la citada Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas –y que sirvieron de base por su fecha a los correspondientes preceptos de nuestra Ley del IVA, que no ha sido necesario modificar al respecto– se corresponden respectivamente con los artículos 78.a) y 79.c) de la posterior Directiva 2006/112/CE ya mencionada.

ción fiscal contemplada, máxime cuando el derecho a la propiedad privada forma también parte de la disciplina de la Unión Europea.

193. Todo ello es fruto de una tendencia que ha crecido en el ámbito europeo de permitir, de una u otra forma, desde una instancia u otra, el desarrollo de una imposición indirecta desmesurada e ilógica, de la que es en gran medida responsable la propia Unión Europea, aunque en el ejemplo expuesto ese impuesto no sea de su competencia directa, es decir, aunque estemos aquí hablando ahora de un impuesto no armonizado conforme a directivas de aquélla.

194. Pero las instituciones de la Unión Europea, en relación a otros impuestos indirectos sí armonizados por las mismas, han ido desarrollando una irracional fortísima imposición indirecta, que crea una tendencia en la creación legislativa, de la que se contagian los legisladores nacionales, creando aberraciones como el impuesto danés referido.

195. Ese excesivo fortalecimiento de la imposición indirecta impulsado por las instituciones de la Unión Europea, le da apariencia de legítimo a cualquier exceso recaudatorio en este ámbito, lo que ayuda a que poco a poco los Estados miembros se escuden en tal tendencia, restando paulatinamente protagonismo a la imposición directa, imposición esta última de corte y competencia esencialmente nacional. Y se amparan en esa tendencia, tanto por lo que ya les viene hecho o dado por vía de armonización fiscal, como por aquello en lo que los Estados impulsan por sí mismos este tipo de imposición dentro de sus competencias.

196. Recapitulando, las páginas anteriores nos han dejado ver cómo la problemática en estudio se mueve entre el ámbito puramente interno, presidido por los principios y derechos constitucionales, y el ámbito de incidencia de la Unión Europea, en el que, como hemos apuntado, también tienen entrada los derechos fundamentales y, en concreto, dentro de los mismos, el derecho a la propiedad privada.

197. No es necesario insistir demasiado en cuestiones bien sabidas, como los principios que rigen la relación entre el Derecho de origen interno o Derecho nacional y el Derecho de la Unión Europea, concretados en la supremacía de éste sobre aquél y en el efecto directo del mismo en los Ordenamientos estatales. Incluso en relación a las directivas, abiertas a la actuación normativa posterior de los Estados miembros plasmando o desarrollando las directrices recogidas en aquéllas, se ha reconocido, no obstante, la posibilidad de eficacia directa de aquéllas⁶⁹.

198. La supremacía del Derecho de la Unión Europea sobre el Derecho nacional ha resultado, obviamente, más pacífica en materia de normas de rango infraconstitucional. Mayor problema ha planteado la colisión de las normas constitucionales con las normas comunitarias, esencialmente en lo relativo a los derechos fundamentales⁷⁰.

⁶⁹ El instrumento fundamental para armonizar las legislaciones nacionales y, así, los ordenamientos tributarios de los Estados miembros de la Unión Europea, lo constituyen las directivas. Aunque éstas normalmente necesitan de una norma de adaptación del Derecho nacional para desplegar su plena eficacia en el mismo, no siempre tiene porqué ser así. Puede suceder que ante una directiva de armonización fiscal un Estado miembro no haya creado una norma de adaptación de su ordenamiento tributario a la directiva y que sin embargo ésta vea aplicado su contenido en el mismo, porque contenga una norma paralela a otra contenida en un Tratado de Derecho originario de la Unión, consiguiéndose el objetivo perseguido por la directiva aplicando el contenido que se corresponde con el Tratado. Puede suceder también, ante la falta de tal norma interna y sin que se dé esa circunstancia anterior, que la directiva pueda tener eficacia directa porque exista una disposición nacional que se oponga a la misma, debiendo dejar sin efecto esa norma nacional al ser contraria a una norma comunitaria y en la medida en que la directiva resulte idónea para definir derechos que los contribuyentes puedan alegar frente al Estado. De esta forma lo reconoció el -entonces denominado- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas -hoy de la Unión Europea-, debiendo destacar como punto de partida en tal sentido su Sentencia de 19 de enero de 1982 (Asunto 8/81), Sentencia que ha tenido una gran relevancia en Derecho Tributario. Sobre la eficacia directa de las directivas de armonización fiscal, véase A. CAYÓN GALLARDO, R. FALCÓN Y TELLA, y F. DE LA HUCHA CELADOR: *La armonización fiscal en la Comunidad Económica Europea y el Sistema tributario español: Incidencia y convergencia*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1990, págs. 668 a 672.

⁷⁰ Sobre la evolución de la discusión sobre la problemática de la supremacía o no del Derecho de la Unión Europea sobre

199. En nuestra Constitución su artículo 93 permite la atribución a las instituciones comunitarias del ejercicio de competencias derivadas de aquélla. Siendo así, atribuido a tales instituciones el ejercicio de un determinado ámbito competencial, la regulación de éste quedaría en principio sometida a la disciplina jurídica comunitaria y no a las normas constitucionales a las que quedan sometidas las competencias de titularidad puramente interna. Esto podía suponer un grave problema hasta el reconocimiento de los derechos fundamentales en la disciplina jurídica comunitaria, pues éstos constituyen un núcleo esencial en las Constituciones nacionales a los que resultaría ilógico que los Estados renunciases, a pesar de su atribución de competencias a la Unión Europea.

200. Pero, como decimos, el problema se va superando conforme en la disciplina jurídica de la Unión Europea se va reconociendo y ampliando el elenco de derechos fundamentales, ya sea por vía de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de aquélla, ya sea por vía de textos de Derecho Originario de la misma, tal y como hemos visto *supra*.

201. Todo ello puede no acabar totalmente con los problemas de colisión entre el Ordenamiento de la Unión Europea y las Constituciones nacionales y, en función de ello, entre las pretensiones de jurisdicción de los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros y las del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Pensemos en que si un derecho fundamental se encontrase reconocido en una Constitución nacional y no en el Derecho de la Unión Europea o bien si en aquélla se muestra con un contenido más amplio que en este último, la defensa de tal derecho en su contenido más completo, como se haría normalmente, en una perspectiva puramente interna, ante el correspondiente Tribunal Constitucional nacional, en la medida en que no pudiese tener la misma protección ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, podría ocasionar situaciones ilógicas, con las consecuentes fricciones entre jurisdicciones que ello pudiese provocar.

202. Nosotros somos de la opinión de que, partiendo de una defensa de la evolución de la integración europea, la adhesión de un Estado a la Unión Europea no puede provocar nunca una merma en los derechos fundamentales de sus ciudadanos, pues ello supondría una involución en el Derecho, contraria a la evolución constitucional de los Estados desarrollados y, así, de los Estados europeos. El ejercicio de competencias comunitarias al margen de las Constituciones nacionales o, si se quiere, la supremacía del Derecho de la Unión Europea sobre éstas, nunca debería menoscabar los derechos fundamentales, incluso en su contemplación más amplia. El mismo proceso de evolución normativa dentro de la Unión Europea, sea por vía de reconocimiento jurisprudencial, sea por vía de sus textos de Derecho Originario, deja ver una tendencia en tal sentido, que debe ser el criterio interpretativo inspirador de la resolución de cualquier problema puntual al respecto.

203. Junto a ello, los derechos fundamentales alcanzan una dimensión europea y mundial, más allá de la Unión Europea y de las Constituciones nacionales, que nos sitúa en un terreno en el que sólo se puede ir hacia delante y nunca hacia atrás. Además, no hacerlo así, situaría a las Constituciones nacionales en una posición no muy acorde con el alcance con que la cesión de competencias a las instituciones de la Unión Europea se hace en el sentir o intención de los “pueblos” de Europa. La, aunque debilitada, existencia todavía del elemento soberanía lo impediría. El propio elemento soberanía podría ser todavía utilizado como criterio interpretativo al respecto, en atención al estado de evolución de la Comunidad Internacional y, más en concreto, del alcance de la integración europea.

las Constituciones nacionales, tanto desde la perspectiva del Tribunal de Justicia de aquélla, como desde la perspectiva de los Tribunales Constitucionales de los distintos Estados miembros, a la luz esencialmente de los derechos fundamentales y con respecto al Derecho Financiero, véase A.J. MARTÍN JIMÉNEZ: «El Derecho Financiero Constitucional de la Unión Europea», en la *Revista española de Derecho Financiero*, núm. 109-110, 2001, págs. 111 y ss.

VIII. Conclusiones finales

204. Como punto final a este trabajo, debemos realizar dos tipos de precisiones o conclusiones. En primer lugar, una precisión en el plano estatal. Como hemos apuntado, la doble imposición que podrían ocasionar los impuestos autonómicos, tanto con los impuestos estatales como con los impuestos locales, encuentra solución en la LOFCA. Frente a ello, la colisión entre los impuestos estatales y los locales, estando estos últimos regulados por la ley estatal, debe encontrar solución en la propia ley estatal, como responsable de la existencia de ambos. Ante esta responsabilidad estatal, la ley estatal debería permitir la deducción en la cuota del correspondiente impuesto estatal de la cuota del correspondiente impuesto local, al menos hasta el límite mínimo que la ley estatal marque para la cuota de éste.

205. De otro lado, en el plano europeo, debemos poner de manifiesto que las normas de las instituciones de la Unión Europea, al mismo tiempo, provocan y evitan la doble imposición. Cuando las directivas de armonización fiscal armonizan la regulación del lugar de realización del hecho imponible, evitan casos de doble imposición entre Estados, al usar todos el mismo criterio de localización en los impuestos armonizados.

206. Pero cuando la Unión Europea es responsable y obliga a la existencia y aplicación en su territorio de los derechos de aduana como recurso propio de la misma y del Impuesto sobre el Valor Añadido y de algunos Impuestos Especiales (las accisas) como impuestos de titularidad estatal armonizados conforme a directivas de aquélla, está provocando al mismo tiempo casos de doble imposición internacional y de doble imposición interna.

207. Un supuesto de doble imposición internacional estaría representado por la colisión entre los derechos de aduana (de titularidad de la Unión Europea) y el Impuesto sobre el Valor Añadido (de titularidad estatal).

208. Un supuesto de doble imposición interna sería el representado por la colisión entre el Impuesto sobre el Valor Añadido (de titularidad estatal, aunque armonizado conforme a directivas de la Unión Europea) con un Impuesto Especial (de titularidad estatal, aunque armonizado, en la mayoría de los casos, conforme a directivas de la Unión Europea).

209. Dada la referida responsabilidad de la Unión Europea en tales casos de doble imposición, internacional e interna, en materia de imposición indirecta, los apuntados límites cuantitativos a tal doble imposición desde la perspectiva de la justicia tributaria deben ser tomados en consideración, no sólo en el plano constitucional, sino también dentro de la disciplina de la Unión Europea, donde incluso hay que atender a la aplicación directa de preceptos del Derecho Originario de la misma.

210. La Unión Europea genera casos de doble imposición interna y de doble imposición internacional, sin delimitar previamente en su Derecho Originario los límites en ese sentido a sus normas de Derecho derivado.

211. En función de lo anterior, nos podríamos encontrar con una posible fuente de problemas de colisión entre el Derecho Constitucional de los Estados miembros y el Derecho de la Unión Europea.

212. La falta de preocupación de las instituciones de la Unión Europea por la justicia tributaria incide, en función de lo expuesto, de forma especialmente negativa en materia de doble imposición, tanto interna, como internacional.

Reconocimiento en la Unión Europea de la filiación de hijos de parejas del mismo sexo*

Recognition in the European Union of the filiation of children of same-sex couples

ISABEL LORENTE MARTÍNEZ

*Profesora asociada de Derecho internacional privado
Universidad de Murcia*

Abogada ejerciente - Miembro de la Red España-Europa de Derecho Internacional Privado

Recibido:24.12.2023 / Aceptado:22.01.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8428

Resumen: El Derecho de la Unión Europea busca promover no solo la libre circulación de personas, servicios y capitales, sino también la libre circulación de productos jurídicos y situaciones jurídicas, como la filiación, el nombre, las personas jurídicas, las sucesiones, entre otros. Sin embargo, es importante reconocer que las personas LGBTI pueden enfrentar dificultades al cruzar las fronteras dentro de la UE debido a la falta de reconocimiento o protección de sus relaciones y los efectos legales de las mismas en algunos países miembros. Aunque la libre circulación de personas es un principio fundamental de la UE, la plena igualdad y el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI en todos los Estados miembros aún puede ser un desafío. Y en este trabajo se pondrá el foco de atención sobre el reconocimiento de la filiación y los hijos de parejas del mismo sexo.

Palabras clave: Reconocimiento, filiación, Unión Europea, libre circulación, LGTBIQ+.

Abstract: European Union law seeks to promote not only the free movement of persons, services and capital, but also the free movement of legal products and legal situations, such as filiation, name,

* Este trabajo se realiza en el marco de:

(1) Grupo Accursio: investigación, docencia y práctica del Derecho internacional privado (www.accursio.com / www.facebook.com/accursioDIP), dirigido por: J. CARRASCOSA GONZÁLEZ.

(2) Proyecto de Investigación de generación de conocimiento 2021 modalidad investigación orientada tipo B (PID2021-124298OB-I00), Investigadores principales: J. CARRASCOSA GONZÁLEZ/ E. CASTELLANOS RUIZ: “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).

(3) Grupo de Innovación Docente GID 22 “Ciencia jurídica aplicada y docencia creativa” de la Universidad de Murcia. Coordinador: Javier Carrascosa. GGID 22: Número 29073 CIENCIA JURÍDICA APLICADA Y DOCENCIA CREATIVA Fec. Inicio 1/01/2017 Fec. Fin 31/12/2030 Responsable J. CARRASCOSA GONZÁLEZ Núm. GINVEST 22 Tipo GINVEST INNOVAGID

(4) Grupo de investigación de la Universidad de Murcia E070-05 “Derecho internacional privado europeo” (IP Javier Carrascosa). Número 31005 Nombre DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EUROPEO Fec. Inicio 18/10/2018 Fec. Fin Responsable J. CARRASCOSA GONZÁLEZ Núm. GINVEST 868 Tipo GINVEST GRINVEST

(5) “Red Europa-España de Derecho internacional privado”, (coordinador: J. CARRASCOSA GONZÁLEZ). <http://www.redespañaeuropa.es/>

(6) Grupo de investigación y reflexión cultural “Lex Artis” (coordinador: J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).

legal persons, inheritance, among others. However, it is important to recognise that LGBTI people may face difficulties when crossing borders within the EU due to the lack of recognition or protection of their relationships and their legal effects in some member countries. While free movement of people is a fundamental EU principle, full equality and recognition of LGBTI rights in all Member States can still be a challenge. And in this work the focus will be on the recognition of filiation and children of same-sex couples.

Keywords: Recognition, filiation, European Union, freedom of movement, LGBTIQ+.

Sumario: I. Introducción. II. Contexto actual: la internacionalización de la familia. III. Los límites a la libre circulación. El Orden Público Internacional 1. El caso de Ilonka Fürstin von Sayn-Wittgenstein. 2. Consecuencias de un cambio de nombre en los Estados miembros de la Unión Europea. 3. La proporcionalidad en el uso del orden público internacional. La decisiva importancia de los datos del caso. IV. El impasse creado por el orden público internacional. 1. La competencia de los Estados miembros para legislar sobre cuestiones relativas a la identidad de la persona. 2. Las líneas de política jurídica de la Unión Europea. V. Un primer paso: aceptación de efectos derivados del Derecho de extranjería. 1. El caso Coman Hamilton de 5 de junio de 2018. Matrimonio entre personas del mismo sexo y libre circulación intra europea. 2. El caso Pancharevo de 14 de diciembre de 2021. 3. Límites o no al reconocimiento de los “productos jurídicos” creados en otros Estados miembros. VI. Una cuestión incompleta. VII. La propuesta de la UE y la limitación del orden público internacional de los Estados miembros. VIII. Conclusiones.

I. Introducción

1. La Comisión Europea ha presentado una propuesta de Reglamento destinada a unificar las normas de Derecho internacional privado sobre filiación en la Unión Europea (UE). Esta propuesta tiene como enfoque principal el interés superior y los derechos de los niños en situaciones transfronterizas dentro de la UE, ya sea por viajes, residencia o lazos familiares en diferentes Estados miembros.

2. El objetivo principal es garantizar que la filiación establecida en un Estado miembro sea aceptada y respetada en todos los demás sin la necesidad de procedimientos adicionales. La propuesta busca proteger los derechos de los niños, brindar claridad jurídica a las familias y reducir la carga administrativa y los costos asociados con la obtención del establecimiento de la filiación en situaciones transfronterizas.

3. Los aspectos clave incluyen la determinación de la autoridad competente y la ley aplicable para establecer la filiación, así como normas para el reconocimiento de la filiación en otros países miembros. Además, se propone la creación de un certificado de filiación europeo, opcional para las familias, que pueda utilizarse como prueba de filiación en toda la UE.

4. Esta propuesta no armoniza el Derecho sustantivo de familia, que seguirá siendo competencia de los Estados miembros. La aprobación de esta propuesta requerirá la unanimidad del Consejo, tras consulta al Parlamento Europeo. Además, se prevé una evaluación de la aplicación de este Reglamento por parte de los Estados miembros cinco años después de su entrada en vigor, con la posibilidad de realizar modificaciones.

5. Esta iniciativa se alinea con la Estrategia de la UE sobre los Derechos del Niño y la Estrategia de la UE para la Igualdad de las Personas LGBTIQ. El Parlamento Europeo ha respaldado esta medida, enfocada en garantizar los derechos de los menores y promover su interés superior en todas las acciones relacionadas con ellos.

II. Contexto actual: la internacionalización de la familia

6. La familia ha sido una institución fundamental en la historia social, marcada por su evolución y adaptación a distintos contextos y realidades. Con el transcurso del tiempo, la vida se ha internacionalizado significativamente para las personas, las empresas y las familias. La internacionalización de la familia se observa en la creciente tendencia de las familias a expandirse geográficamente, ya sea debido a la migración, el trabajo en el extranjero o la conexión global que existe en nuestros días. Estas circunstancias implican la influencia de diferentes culturas, idiomas y formas de vida en la dinámica familiar, desafiando y enriqueciendo sus tradiciones y estructuras, y no solo eso, aumenta en mayor medida los desafíos jurídicos que se presentan actualmente.

7. En el contexto actual de internacionalización de la familia y, a su vez movilidad internacional de las familias, el estatus legal de los miembros de la familia puede cambiar al trasladarse de un país a otro. Esto puede generar problemas jurídicos significativos cuando la relación de parentesco legalmente reconocida en un Estado miembro no es aceptada en otro Estado miembro. Estos inconvenientes pueden incluir la pérdida de los apellidos anteriores, la exclusión del derecho a heredar y otros desafíos jurídicos complejos derivados de esa movilidad internacional de la familia actual. Este tipo de situaciones se vuelven más complejas con los nuevos modelos de familia, como aquellas conformadas por dos padres o dos madres, independientemente de si existe una relación afectiva entre ellos o si se utilizaron técnicas de reproducción asistida para engendrar al menor. Y sobre estas cuestiones se trata de dilucidar cuál es el camino escogido por el legislador europeo para dar solución a estos grandes retos en la actualidad del Derecho de familia internacional. Los nuevos modelos de familia pueden encontrar dificultades al cruzar las fronteras debido a la falta de reconocimiento o protección de sus relaciones y los resultados de las mismas en algunos países de la Unión Europea. Esos problemas se pueden observar, por ejemplo, en el caso de que en un Estado se determine la filiación de un niño respecto a sus madres y en otro Estado miembro de la UE no se reconozca dicha filiación.

8. Los efectos que produce el vínculo matrimonial o afectivo entre personas del mismo sexo varían en los países de la UE, ya que cada país cuenta con autonomía para establecer sus propias leyes sobre el matrimonio y las uniones civiles, porque no se ha logrado legislar a nivel europeo sobre estas cuestiones. Algunos países admiten en sus legislaciones el matrimonio entre personas del mismo sexo, mientras que otros reconocen uniones civiles o tienen otras formas de reconocimiento legal para parejas del mismo sexo. Esto puede llevar a situaciones en las que los progenitores pueden encontrar obstáculos en términos de reconocimiento y protección de sus derechos en ciertos países de la UE.

9. Es cierto que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha dictado una sentencia clave en el que la interpretación que realiza del Derecho europeo, en la que se observa una inclinación en el sentido de favorecer los derechos para las personas del mismo sexo que forman una familia en el contexto de la libre circulación de personas dentro de la UE. Según esta sentencia¹, una persona nacional de un tercer Estado unida por matrimonio a un nacional de un Estado miembro tiene derecho a residir en otro país de la UE si uno de los miembros de la pareja es ciudadano de la UE y se ha establecido legalmente en ese país, incluso si el matrimonio entre personas del mismo sexo no existe ni es posible contraerlo en el país de acogida, como se verá más adelante en este trabajo.

10. Esto es así porque el legislador europeo construye todo el Derecho europeo con la idea puesta en la potenciación de la libre circulación de las personas. La libre circulación de personas es un derecho fundamental previsto en el art. 26.2 del TFUE. La jurisprudencia del TJUE refuerza esa tendencia, esto es, evitar y suprimir en la interpretación que realiza de la normativa europea los posibles obstáculos que se presenten a esa libre circulación de las personas en los diferentes Estados miembros.

¹ STJUE 5 junio 2018, C-673/16, Coman-Hamilton [ECLI:EU:C:2018:385]. Se recomienda la lectura del siguiente post que resume las cuestiones principales de este asunto: <http://accursio.com/blog/?p=851>

11. Además, la UE ha elaborado una legislación que aborda cuestiones familiares transfronterizas, incluidos los asuntos relacionados con el divorcio, la responsabilidad parental, los alimentos, las sucesiones y los regímenes económicos de las parejas. Esta legislación tiene como objetivo facilitar la resolución de conflictos y garantizar la protección de los derechos de las parejas y familias, en las que se incluye a las parejas LGBTI, en el contexto de la libre circulación en la UE².

12. En este trabajo se va a analizar una cuestión en particular: el reconocimiento en la Unión Europea de la filiación de hijos de dos madres o dos padres, hijos desde el punto de vista legal en el país de origen de dos personas del mismo sexo. Son nuevos retos a los que se enfrenta la UE, como la famosísima canción de Cat Stevens que fue lanzada en 1970 como parte de su álbum “*Tea for the Tillerman*”. “*Father and Son*” en la que reflexiona sobre la relación entre un padre y su hijo, y aborda los desafíos y diferencias generacionales que pueden surgir. Retos y cambios generacionales como a los que debe hacer frente el legislador europeo. El legislador de la UE debe reflexionar sobre los desafíos jurídicos que los nuevos modelos de familia suscitan en la sociedad actual, lo que para las nuevas generaciones de ciudadanos europeos serán situaciones que se observarán casi cotidianamente. Incluso en los supuestos en los que no existe pareja en términos afectivos, por ejemplo, en los casos en los que dos sujetos desean tener un hijo en régimen de coparentalidad, sin que entre ellos exista una relación de pareja³.

13. El desafío está justo en ese dato: filiación de un menor hijo de personas del mismo sexo que ni están casadas, ni son pareja registrada, ni de *facto*. El desafío se produce, simplemente, porque sus padres son personas del mismo sexo. El centro de la cuestión que se expone en este trabajo es la protección del menor en los casos en los que se debe reconocer su filiación en los Estados miembros europeos. El valor que debe inspirar las soluciones en el Derecho de familia internacional es la protección del interés superior del menor. La cuestión que aquí se aborda es la de encontrar qué soluciones deben implementarse e investigar si el Derecho internacional privado europeo debe y hasta qué punto y mediante qué mecanismos, proteger a los menores independientemente de quiénes sean sus padres.

III. Los límites a la libre circulación. El Orden Público Internacional

14. Los Estados miembros pueden oponer su Orden Público internacional. Es el mecanismo más efectivo para en determinados casos frenar esa libre circulación. El orden público internacional cumple con la función de ser el “defensor” de las bases sociales, económicas, culturales, legales donde se asienta el Estado, es una excepción al normal a la libre circulación de personas e instituciones jurídicas, opera siempre con los datos concretos del caso específico, porque esa excepción no puede ser general, siempre debe operar en el caso concreto, en el momento actual. A su vez, no se puede olvidar el dato siguiente: los Estados miembros pertenecen a la Unión Europea, y el grado de integración actual en la misma ofrece una protección a determinados derechos que vienen se admiten, se defienden, se protegen y se garantizan por el legislador europeo que no se pueden despreciar como, por ejemplo, el derecho a la libre circulación de personas, servicios, capitales, entre otros.

15. Las cuestiones que ocupan este trabajo se resumen en los siguientes puntos: primero, existen unos principios y derechos fundamentales europeos, que deben ser respetados. Segundo, la filiación que no sobrevive al cruce de frontera podría vulnerar tales principios. Tercero, si lo anterior es así, entonces se deben cambiar las reglas jurídicas para que la filiación sobreviva al paso de frontera. Cuarto, se deben explorar los mecanismos para que la filiación sobreviva al cruce de frontera.

² Para más información se puede consultar este informe de la Comisión Europea: <https://op.europa.eu/webpub/com/factsheets/lgbti/es/>

³ Nacimiento bebé en régimen de coparentalidad: <https://www.epe.es/es/reportajes/20231204/primer-bebe-copaternidad-espana-nina-nace-barcelona-95341129>

16. Los inconvenientes que se pueden presentar si la filiación no consigue cruzar la frontera son graves para las personas y obstaculizan su derecho a la libre circulación. Por citar algunos ejemplos, puede suceder que el hijo deje de tener los apellidos que tenía en el anterior Estado miembro o deje de ser heredero de esas personas, que no se pueda acompañar como progenitor o familiar a esos niños en una hospitalización, que en la documentación de legalmente establecida en un Estado miembro aparezcan unos progenitores y en otro Estado miembro no, estos son situaciones indeseables que se pueden producir⁴.

17. Uno de los supuestos más icónicos que se pueden utilizar en la explicación del uso del orden público internacional para frenar la libre circulación de una situación jurídica creada en el ámbito de la UE es el de la princesa más famosa del Derecho internacional privado: Ilonka Fürstin von Sayn-Wittgenstein⁵.

1. El caso de Ilonka Fürstin von Sayn-Wittgenstein

18. La señora Ilonka Sayn-Wittgenstein era nacional austriaca. A la edad de 47 años fue adoptada por un señor nacional alemán: Lothar Fürst von Sayn-Wittgenstein. El artículo 22 del EGBGB dispone que la adopción se debe regir por la Ley del Estado de la nacionalidad del adoptante. Así se hizo. A pesar de la adopción, la señora Ilonka conservó su nacionalidad austriaca y no adquirió la nacionalidad alemana. Con la aplicación del Derecho Internacional Privado alemán, se aplicó la Ley alemana a la adopción, incluyendo el cambio de nombre y apellidos del adoptado (art. 22.1-2 EGBGB)⁶.

19. Como resultado, Ilonka Sayn-Wittgenstein pasó a llamarse Ilonka Fürstin von Sayn-Wittgenstein. Ella residía habitualmente en Alemania, trabajaba principalmente en Alemania en el sector inmobiliario de alto nivel y se dedica a la venta de castillos y casas señoriales, también operando en otros países miembros de la Unión Europea.

20. Las autoridades austriacas registraron el apellido “Fürstin von Sayn-Wittgenstein” en el Registro Civil y le emitieron un pasaporte y dos certificados de nacionalidad con dicho apellido. Las autoridades alemanas también le emitieron una licencia de conducir alemana a nombre de Ilonka Fürstin von Sayn-Wittgenstein. Además, creó una sociedad en Alemania utilizando ese nombre.

21. Sin embargo, parece haber un error en la atribución del apellido “Fürstin von Sayn-Wittgenstein” por parte de las autoridades alemanas y posteriormente por las autoridades austriacas. Según el Derecho Internacional Privado alemán, el apellido de una persona se rige por la ley del Estado cuya nacionalidad ostenta la persona. En este caso, el apellido debería haberse determinado según el Derecho austriaco. Esto habría evitado el problema en primer lugar y los apellidos de la señora Ilonka serían los mismos tanto en Alemania como en Austria, sin incluir un componente nobiliario ni una derivación puramente femenina.

22. En 2007, las autoridades austriacas decidieron corregir el apellido “Fürstin von Sayn-Wittgenstein” y reemplazarlo por “Sayn-Wittgenstein”. Esto se debe a que, según el Derecho austriaco, los ciudadanos de Austria no pueden adquirir apellidos que incluyan títulos nobiliarios, ya que el uso de títulos nobiliarios, incluidos los extranjeros, está prohibido en Austria. Además, el Derecho austriaco no permite que los apellidos se formen de manera diferente para hombres y mujeres.

⁴ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “La Justicia europea no reconoce el derecho de los hijos de parejas LGTBI en toda la UE”, *La Ley Unión Europea*, nº 102, 29 abril 2022.

⁵ STJUE 22 diciembre 2010, as. C-208/09, *Wittgenstein* [ECLI:EU:C:2010:806]

⁶ Establece el art. 22 EGBGB: «Die Annahme als Kind unterliegt dem Recht des Staates, dem der Annehmende bei der Annahme angehört. Die Annahme durch einen oder beide Ehegatten unterliegt dem Recht, das nach Artikel 14 Abs. 1 für die allgemeinen Wirkungen der Ehe maßgebend ist». La adopción de un niño está sujeta al Derecho del Estado al que pertenece el adoptante en el momento de la adopción. La adopción, por parte de uno o ambos cónyuges, se rige por el Derecho que es competente, en virtud del artículo 14, apartado 1, para los efectos generales del matrimonio.

23. La defensa legal de Ilonka Fürstin von Sayn-Wittgenstein alegó que, de acuerdo con el artículo 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), tiene derecho a que su apellido, legalmente determinado en Alemania, sea reconocido en Austria. Argumentó que, de lo contrario, ello supondría para ella una restricción u obstáculo a su libertad de circulación dentro de la Unión Europea, ya que se vería obligada a utilizar dos apellidos diferentes, uno en Alemania y otro en Austria, lo cual perjudicaría su actividad comercial y confundiría a sus clientes⁷.

2. Consecuencias de un cambio de nombre (o estatuto personal) en Estados miembros de la Unión Europea

24. Básicamente lo que puede comportar el cambio de nombre o estatuto personal en Estados miembros de la Unión Europea son dos consecuencias jurídicas considerables⁸.

⁷ E. Di Salvatore, “Il caso Sayn-Wittgenstein: ordine pubblico e identità costituzionale dello Stato membro”, *Quaderni costituzionali*, 2011, pp. 435-437. *Vid. también* M. CASTELLANETA, “Lo Stato può cancellare per rispetto dell’uguaglianza la parte del cognome che contiene un titolo nobiliare”, *Guida al diritto*, 2011 n° 4 pp. 106-108.

⁸ Resulta interesante leer la justificación de Opinión de la comisión de libertades civiles, justicia y asuntos de interior (10.10.2023) para la Comisión de Asuntos Jurídicos sobre la propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, al Derecho aplicable, al reconocimiento de las resoluciones y a la aceptación de los documentos públicos en materia de filiación y a la creación de un certificado de filiación europeo: “*Actualmente, no existe un mecanismo de la Unión para el reconocimiento mutuo de la filiación legal en situaciones transfronterizas en la Unión, y algunos padres e hijos pueden ver disueltos sus vínculos jurídicos si se trasladan a otro país de la Unión. Esta situación afecta desproporcionadamente a las familias arcoiris. Consecuencias legales y emocionales*

La falta de reconocimiento de una filiación establecida puede dar lugar a que un progenitor pierda los derechos parentales a actuar, como representante legal de su hijo, en asuntos como la asistencia sanitaria y la educación. También puede dar lugar a problemas en materia de pensión alimenticia y herencia y, en última instancia, a que a los hijos no se les conceda ninguna nacionalidad.

No se debe restar importancia a las consecuencias emocionales de perder los lazos familiares. Se transmite el mensaje a los hijos de que pueden perder a sus padres, jurídicamente hablando, cuando entran en otro Estado miembro. Esto no es aceptable.

Derechos fundamentales, libertad de circulación y otros derechos

La falta de medidas de la Unión para facilitar el reconocimiento de la filiación entre los Estados miembros da lugar a situaciones que vulneran los derechos fundamentales y otros derechos de los niños y las familias en situaciones transfronterizas.

Privar a los hijos de su estatuto jurídico y de la filiación determinada en otro Estado miembro es contrario a su derecho a una identidad, al principio de no discriminación, al respeto de la vida privada y familiar y al interés superior del menor.

La falta de reconocimiento obstruye el derecho a la libre circulación. El temor a perder una filiación determinada coarta a las familias a la hora de desplazarse por la Unión o de residir en otro Estado miembro.

Reconocimiento de los padres LGBTQI

Los efectos de la negativa a reconocer la filiación en situaciones transfronterizas son especialmente graves para las familias arcoiris. Unos 100 000 progenitores y sus hijos se enfrentan actualmente a diversos problemas, y la gran mayoría de ellos son hijos de familias arcoiris. El número de hijos afectados es probablemente mucho mayor aún, ya que las familias en riesgo de no ser reconocidas podrían optar por no ejercer su derecho a la libre circulación debido al temor a perder sus vínculos familiares legales.

Se trata de una situación inaceptable. A todos los hijos y progenitores les deben asistir, sin discriminación alguna, los mismos derechos. Para las parejas del mismo sexo con hijos, el reconocimiento transfronterizo de la filiación marcaría una enorme diferencia, ya que el vínculo de filiación tendría que respetarse en todo momento en la Unión.

Reconocimiento de los vínculos familiares, incluidas las uniones y los matrimonios, para servir el interés superior del menor

Del mismo modo que un progenitor es un progenitor, con independencia de lo que establezca el marco jurídico de los Estados miembros, una familia es una familia incluso en países en los que se sigue sin reconocer el estatuto jurídico de las parejas del mismo sexo.

Por lo tanto, para respetar plenamente el derecho de los hijos a una familia y servir el interés superior del menor, es importante respetar y reconocer no solo los vínculos de filiación jurídicos, sino también la unión o el matrimonio de los progenitores. Teniendo esto en cuenta, el Reglamento propuesto sobre el reconocimiento de la filiación entre los Estados miembros debería ampliarse para incluir también normas sobre el reconocimiento de la unión y el matrimonio.

Respeto y reconocimiento de los diferentes tipos de familias

También hay otras familias que quedan fuera de la norma de la familia nuclear tradicional, y que se enfrentan a más dificultades para ser reconocidas. Así ocurre especialmente en el caso de las familias con más de dos progenitores. Aunque, por el momento, solo unos pocos Estados miembros han contemplado la posibilidad legal de una filiación múltiple, es indudable

25. La primera de ellas supone una infracción del artículo 21 del TFUE. Esta infracción supone un obstáculo legal a la libre circulación y a la libertad de residencia en el territorio de los Estados miembros. El origen de ese obstáculo es que la ley del Estado de destino no admita el nombre otorgado en el país de origen.

26. Ese obstáculo se observa cuando se confunde la ley aplicable con el reconocimiento de decisiones públicas de otorgamiento de nombre. El TJUE ha sido luz y guía adecuada en el tratamiento de este tema. La jurisprudencia del TJUE aporta una perspectiva adecuada y conveniente para estos casos: niega el método del llamado “reconocimiento conflictual”. Esta tesis parte de la premisa de que la intervención de una autoridad es un elemento que deriva necesariamente de una Ley. En otras palabras, una Ley establece que la intervención de una autoridad es un requisito fundamental para que un acto o negocio sea válido. Por lo tanto, al evaluar la validez de un acto de jurisdicción voluntaria que se lleva a cabo en el extranjero, es esencial aplicar la Ley que regula dicho acto, la cual podría requerir la intervención de una autoridad específica. Desde esta perspectiva, se considera que estos actos plantean cuestiones relacionadas con la “Ley aplicable” al acto en cuestión, lo que forma parte del ámbito del Derecho aplicable. Este enfoque ha sido respaldado por parte de la doctrina *iusprivatista*, como J. M. Espinar Vicente y V. Cortés Domínguez, entre otros⁹. La cuestión arranca del error de considerar que como estos “actos” no son sentencias, pues no se pueden reconocer, sino que hay que someterlos al examen de la norma de conflicto del Estado de destino y ese es el gran error. En realidad, lo que sucede es que existen sectores donde el reconocimiento conflictual existe por decisión del legislador, por ejemplo, en el ámbito de las normas que regulan la forma del matrimonio (arts. 49 y ss. del Código Civil español¹⁰), pero ése no es el enfoque en el sector del nombre de la persona física, ni tampoco en el sector del Derecho de sociedades. Lo que sucede es que existe un error de método. Puesto que ya existe una solución al caso, no hay por qué determinar su ley aplicable.

27. Si no se permite al ciudadano de la Unión Europea a que utilice en un Estado miembro B, por ejemplo, la filiación o el nombre que se le atribuye en el Estado miembro A se le está perjudicando. Se está obstaculizando su libre circulación. Surgirán probablemente inconvenientes que le impedirán ejercitar su derecho a la libre circulación de una forma plena. Los particulares desistirán de moverse dentro de la Unión Europea si el cambio de Estado miembro les produce un no reconocimiento de una situación válida y legalmente creada en otro Estado miembro. Fundamentalmente, lo que se debe de aplicar son normas relativas al sector de la validez extraterritorial de decisiones y no normas que determinen la ley aplicable a esa situación privada internacional.

que esta tendencia se consolidará en el futuro. Por lo tanto, es importante que el Reglamento, ya desde un principio, sea flexible y contemple diversas configuraciones familiares no tradicionales, incluso con el fin de garantizar que el certificado europeo de filiación incluya la posibilidad de tener más de dos progenitores.

Terceros países y la cuestión de la industria de la gestión subrogada

El Reglamento propuesto no regula ni establece ninguna salvaguarda para garantizar el respeto de los derechos fundamentales de las mujeres, los progenitores y los hijos cuando la filiación se determina en un tercer país. Por lo tanto, como medida de precaución necesaria para garantizar el respeto de los derechos fundamentales, es coherente que el presente Reglamento no contemple el reconocimiento de la filiación determinada en terceros países.

Por lo que se refiere a la cuestión específica de la gestión subrogada, está claro que la industria creada en torno a esta práctica en algunos terceros países comercializa y mercantiliza a las mujeres. La industria de la gestión subrogada prospera en un sistema en el que las personas económicamente privilegiadas utilizan a mujeres desfavorecidas de otras partes del mundo. Esto constituye una forma de explotación de los derechos de la mujer y de los órganos reproductivos. También desde esta perspectiva, es importante que el Reglamento se limite al reconocimiento de la filiación en la Unión, y no en un tercer país.

Los Estados miembros de la Unión están obligados ya, con arreglo a la jurisprudencia del TEDH, a reconocer, en determinadas circunstancias, la relación entre los hijos nacidos por gestión subrogada y sus progenitores intencionales. Al mismo tiempo que se simplifica el reconocimiento de la filiación entre los Estados miembros, es necesario asegurarse de no crear incentivos para el mercado de la gestación subrogada. Sin embargo, este Reglamento no regula este tipo de gestación, que es competencia de los Estados miembros.”

⁹ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, vol. I, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, p. 1036.

¹⁰ Código Civil. «Gaceta de Madrid» núm. 206, de 25/07/1889.

3. La proporcionalidad en el uso del orden público internacional. La decisiva importancia de los datos del caso

28. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha continuado con la aplicación de las soluciones que ya se presentaron en su importante y emblemática sentencia del TJUE del 14 de octubre de 2008, C-353/06, *Grunkin-Paul*¹¹. El TJUE estableció que:

- a) La continuidad del nombre y apellidos de un ciudadano de un Estado de la UE en otros Estados miembros es una cuestión de “validez extraterritorial de decisiones” y no de “Ley aplicable” al nombre y apellidos. En el caso de la negativa de las autoridades austriacas a reconocer plenamente el apellido de un ciudadano austriaco determinado en otro Estado miembro porque incluye un título nobiliario no permitido en Austria según su Constitución, el TJUE ha señalado que esto se refiere a la negativa de las autoridades austriacas a reconocer el apellido en todos sus elementos¹².
- b) La libertad de circulación de los ciudadanos de la UE exige que un apellido legalmente atribuido en un Estado miembro sea reconocido literal y exactamente en los demás Estados miembros. De lo contrario, esto constituiría un obstáculo a la libertad de circulación en la UE, de acuerdo con el artículo 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)¹³.
- c) Sin embargo, un Estado miembro puede negarse a reconocer un apellido legalmente atribuido por las autoridades de otro Estado miembro si esta negativa es necesaria y proporcional para proteger un objetivo o interés fundamental de la sociedad del Estado miembro de destino. El TJUE ha establecido que la excepción del orden público internacional como justificación de una excepción a la libertad de circulación intra-UE debe interpretarse restrictivamente y solo puede invocarse en casos en los que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad. En este contexto, las autoridades competentes de un Estado miembro tienen cierto margen de apreciación¹⁴.

29. En el caso de Austria, sus autoridades podían invocar el principio de igualdad de los ciudadanos austriacos en Austria y la prohibición de utilizar títulos nobiliarios y apellidos de nobleza para negar el reconocimiento de un apellido otorgado en Alemania que contiene elementos que indican nobleza y presenta una forma exclusiva del género femenino. Tanto la Constitución austriaca como la Ley austriaca sobre abolición de la nobleza de 3 de abril de 1919 recogen esta prohibición. El TJUE consideró que esta prohibición era proporcional al objetivo perseguido y necesaria para garantizarlo¹⁵.

IV. El impasse creado por el orden público internacional

30. No se reconoce la filiación en el Estado miembro de destino porque el orden público internacional de cada Estado miembro bloquea la libre circulación en la Unión Europea de la filiación tal y como ha sido establecida en un concreto Estado miembro. El orden público internacional de “cada Estado miembro” (nacional) es la espada matadora, la cimitarra que corta la cabeza a la libre circulación de la filiación en la Unión Europea. Por ejemplo, Bulgaria no reconoce, en su orden jurídico, la filiación establecida en España en favor de dos mujeres. Bulgaria, como Estado miembro de la Unión Europea, debe respetar el Derecho europeo. Es cierto que mantiene plena autonomía legislativa nacional para establecer las leyes relacionadas con el estado civil, como el matrimonio y la paternidad, y cómo esto no está restringido por las normativas de la Unión Europea puede legislar como le parezca sobre esos te-

¹¹ STJUE 14 octubre 2008, *Grunkin-Paul* [ECLI:EU:C:2008:559]

¹² STJUE 22 diciembre 2010, as. C-208/09, *Wittgenstein* [ECLI:EU:C:2010:806]

¹³ STJUE 14 octubre 2008, *Grunkin-Paul* [ECLI:EU:C:2008:559]

¹⁴ STJUE 22 diciembre 2010, as. C-208/09, *Wittgenstein* [ECLI:EU:C:2010:806]

¹⁵ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, vol. I, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 1350-1351.

mas. Los Estados miembros tienen la libertad de decidir si reconocen o no el matrimonio entre personas del mismo sexo y cómo se establece la parentalidad en su legislación nacional. Sin embargo, al hacer uso de esta autonomía, cada Estado miembro debe respetar las leyes de la Unión Europea, específicamente las disposiciones del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) que garantizan la libertad de movimiento y residencia de los ciudadanos en los estados miembros. Esto implica que un país debe reconocer el estado civil establecido en otro estado miembro de acuerdo con las leyes de ese estado.

1. La competencia de los Estados miembros para legislar sobre cuestiones relativas a la identidad de la persona

31. El Derecho Internacional Privado de la Unión Europea no cuenta con normas de conflicto que determinen la ley aplicable a cuestiones relacionadas con la identidad de las personas. En efecto, en la actualidad, no existen normas europeas de DIPr. que regulen la capacidad jurídica y de obrar de las personas físicas, la filiación, la adopción, el nombre de las personas físicas, el sexo de las personas, entre otros aspectos¹⁶.

32. Esta ausencia de normas europeas tiene una explicación clara: cada Estado miembro tiene la competencia exclusiva para determinar quiénes son sus nacionales. Según las normas del Derecho europeo, cada Estado tiene la potestad de decidir qué personas son sus nacionales. A partir de esta premisa, la UE ha desarrollado varias líneas de política jurídica, como recoge la mejor doctrina¹⁷. La política jurídica es de la Unión Europea y se ha mantenido de este modo durante años, si el Reglamento de filiación se aprueba, supondría un cambio radical en esta política legislativa europea. Y ese cambio se realizará si la Unión Europea lo considera necesario para el mercado interior europeo.

2. Las líneas de política jurídica de la Unión Europea

33. La primera línea de política jurídica de la Unión Europea implica que, aunque los Estados miembros tienen competencia exclusiva para regular el estado civil y la capacidad de las personas, deben respetar los principios fundamentales del Derecho de la UE, como el principio de no discriminación por razón de sexo¹⁸.

34. La segunda línea de política jurídica reconoce y respeta la competencia exclusiva de los Estados miembros para determinar quiénes ostentan la nacionalidad de cada Estado. En diversos casos, el TJUE ha afirmado que corresponde a cada Estado miembro decidir quiénes son sus nacionales y ha reconocido la validez de las decisiones de los Estados miembros en relación con la nacionalidad¹⁹.

35. La tercera línea de política jurídica consiste en admitir que no existen criterios europeos para determinar quiénes son ciudadanos europeos. Según el artículo 20 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, una persona será ciudadana de la Unión si ostenta la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla. En este sentido, son los Estados miembros los que determinan qué personas ostentan la ciudadanía europea, así se respeta la competencia de cada Estado miembro en esta materia.

36. La cuarta línea de política jurídica de la UE se basa en el principio del mutuo reconocimiento. Cada Estado miembro conserva la competencia para determinar la ley aplicable a las cualidades

¹⁶ STJUE 26 de junio de 2018, C-451/16, MB, párrafo 35. [ECLI:EU:C:2018:492]

¹⁷ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, vol. I, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 234-236.

¹⁸ STJUE 26 de junio de 2018, C-451/16, MB, párrafo 30. [ECLI:EU:C:2018:492]

¹⁹ STJUE 14 de diciembre de 2021, C-490/20, V. M. A. vs. Stolichna obshtina, “Pancharevo”; STJUE 18 de enero de 2022, C 118/20, JY vs. Wiener Landesregierung, entre otros casos. [ECLI:EU:C:2021:1008]

personales de cada individuo, como su nombre, capacidad y filiación. El Derecho europeo respeta esta competencia de los Estados miembros y establece que los demás Estados miembros deben reconocer las situaciones jurídicas creadas válidamente en otros Estados miembros de acuerdo con sus normas de conflicto. Esto implica que cada Estado miembro puede tener sus propias normas de conflicto para determinar la ley aplicable a aspectos relacionados con la personalidad de la persona física, como la filiación²⁰.

37. En resumen, el DIPr. de la UE ha adoptado un enfoque conflictual integrador en relación con el estatuto personal de las personas. La UE ha preferido utilizar el principio del mutuo reconocimiento en lugar de establecer normas de conflicto que determinen la ley aplicable a cuestiones relacionadas con la personalidad de la persona física. Esta técnica respeta la competencia exclusiva de cada Estado miembro para determinar quiénes son sus nacionales y especificar la ley estatal aplicable a las cualidades personales de cada individuo. Sin embargo, esas actuaciones se han llevado a cabo hasta que aparece una tendencia cambiante, como se analiza a continuación.

V. Un primer paso: aceptación de efectos de estos productos jurídicos derivados del Derecho de extranjería

38. La legislación de la Unión Europea permite el derecho a la libre circulación, sobre ese dato no cabe ninguna duda. En determinadas materias que se analizan a continuación, la jurisprudencia del TJUE da un primer paso que consiste en reforzar la idea de esa libre circulación a nivel de Derecho de extranjería de los productos jurídicos creados en un Estado miembro y que deben tener algún reconocimiento en otro Estado miembro. En este sector son muy relevantes dos casos que nos conducen a plantear si la jurisprudencia consolidada en el ámbito del nombre de la persona física puede tener extensión y ofrecer soluciones en otros sectores.

39. La cuestión de si la jurisprudencia consolidada en el sector del nombre de las personas físicas puede o debe extenderse a otros aspectos del estatuto personal es objeto de debate y no hay una respuesta definitiva en el ámbito del Derecho Internacional Privado de la Unión Europea. En el ámbito del nombre de las personas físicas, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha establecido que los Estados miembros deben reconocer las situaciones jurídicas creadas válidamente en otros Estados miembros de acuerdo con sus normas de conflicto. No existe una posición clara sobre si este principio se puede o debe aplicar a otros aspectos del estatuto personal, pero sí que se observa una tendencia del TJUE, que se puede constatar en estos dos siguientes casos que se analizan²¹.

1. El caso Coman Hamilton de 5 de junio de 2018²². Matrimonio entre personas del mismo sexo y libre circulación intra europea

40. La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) del 5 de junio de 2018, en el caso C-673/16, Coman-Hamilton, abordó la situación de un ciudadano rumano (Coman) que con-

²⁰ STJCE 30 de marzo de 1993, C-168/91, Konstantinidis; [ECLI:EU:C:1993:115], STJCE 2 de octubre de 2003, C-148/02, García Avelló, [ECLI:EU:C:2003:539], entre otros casos.

²¹ P. LAGARDE, *Revue critique de droit international privé*, 2009 pp. 87-93. M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “Cuando los apellidos traspasan la frontera. Reflejos de la desigualdad en el nombre de la persona en el asunto “Losonci-Rose c. Suiza” y en la jurisprudencia del TJUE”, *Revista General de Derecho Europeo (RGDE)*, *Iustel*, núm. 28, 2012, pp. 19-21. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “¿Matrimonio entre personas del mismo sexo para toda la UE? A propósito de las conclusiones del Abogado General en el Asunto Coman”, *Diario La Ley Unión Europea*, nº 56, 28 febrero 2018. P. JIMÉNEZ BLANCO, “La movilidad transfronteriza de matrimonios entre personas del mismo sexo: la UE da un paso. Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de junio de 2018, asunto C-673/18: Coman”, *Diario La Ley Unión Europea*, nº 61, 31 julio 2018. M. Requena Casanova, “Libre circulación de los matrimonios del mismo sexo celebrados en el territorio de la Unión Europea: consecuencias del asunto ‘Coman y otros’”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 62, 2019, pp. 41-79.

²² STJUE 5 junio 2018, C-673/16, *Coman-Hamilton* [ECLI:EU:C:2018:385]

trajo matrimonio en Bruselas con un ciudadano estadounidense (Hamilton). El Sr. Hamilton deseaba trasladarse a vivir a Rumanía con su cónyuge, el Sr. Coman, ya que la Directiva 2004/38/CE del 29 de abril de 2004 reconoce el derecho de un cónyuge de un ciudadano de la Unión Europea (UE) a entrar y residir libremente en el Estado miembro donde reside su cónyuge ciudadano de la UE. Sin embargo, el Código Civil de Rumanía prohíbe los matrimonios entre personas del mismo sexo y las autoridades rumanas denegaron la solicitud de residencia.

41. Ante esta situación, el TJUE emitió las siguientes conclusiones:

- a) El concepto de “cónyuge” utilizado en la Directiva 2004/38 es neutral desde el punto de vista del género y puede incluir al cónyuge del mismo sexo de un ciudadano de la Unión.
- b) El estado civil de las personas, incluidas las normas relacionadas con el matrimonio, es competencia exclusiva de los Estados miembros. Los Estados miembros pueden libremente admitir o rechazar en sus legislaciones el matrimonio entre personas del mismo sexo. Sin embargo, al ejercer esta competencia, los Estados miembros no pueden violar las libertades de circulación de los ciudadanos de la UE.
- c) Si un Estado miembro (en este caso, Rumanía) pudiera denegar la residencia a un “cónyuge” debido a que no reconoce, en su orden jurídico, los matrimonios entre personas del mismo sexo en su legislación, se violaría la libertad de circulación de los ciudadanos de la UE. El cónyuge ciudadano europeo se vería impedido de ejercer su derecho a circular y residir libremente en los Estados miembros. Este ciudadano europeo se vería privado de la posibilidad de regresar al Estado miembro del que es nacional acompañado de su cónyuge.
- d) El Estado miembro de destino puede invocar su orden público para evitar la libre circulación de personas en casos justificados. Sin embargo, el orden público solo puede invocarse si existe una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad. En este sentido, el Estado miembro de destino no está obligado a reconocer un matrimonio, con plenos efectos constitutivos y civiles, entre personas del mismo sexo que se haya contraído válidamente en otro Estado miembro de acuerdo con la ley de ese Estado. Sin embargo, el reconocimiento de la existencia de dicho matrimonio y la condición de cónyuge del ciudadano no europeo, “con el único propósito de conceder un derecho de residencia derivado a un nacional de un tercer Estado”, no afecta negativamente a la institución del matrimonio en el primer Estado miembro, que se define por el derecho nacional y está dentro de la competencia reguladora de los Estados miembros. El matrimonio entre personas del mismo sexo sigue siendo prohibido en el Estado miembro de destino. Por lo tanto, el TJUE indica que la obligación de reconocer ese matrimonio y a ese cónyuge con el único propósito de conceder un derecho de residencia derivado a un nacional de un tercer Estado no atenta contra la identidad nacional ni amenaza el orden público del Estado miembro afectado.
- e) La jurisprudencia del TJUE permite garantizar el derecho al respeto de la vida privada y familiar (artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950). Según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), una pareja formada por personas del mismo sexo constituye una “familia” y tiene derecho a su “vida familiar”. Esto se traduce, en un contexto internacional, en que una familia que vive como tal en un Estado parte tiene derecho a trasladarse a otro Estado parte y a ser considerada y vivir como una “familia” en ese otro Estado parte²³.

42. Es importante subrayar que, en los casos de matrimonio entre personas del mismo sexo, no encontramos legislación europea aplicable a los mismos, a su formación. No existe en el campo del reconocimiento de matrimonios un Reglamento europeo que regule la cuestión. Y, por tanto, el orden público internacional “nacional” de cada Estado miembro puede activarse para detener la libre circu-

²³ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, vol. I, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 1446-1447.

lación europea de los matrimonios entre personas del mismo sexo. Es decir, que no se reconozca ese matrimonio como matrimonio en el Estado miembro de destino, pero sí que se considere que el cónyuge del mismo sexo es cónyuge a efectos de la Directiva 2004²⁴.

2. El caso *Pancharevo* de 14 de diciembre de 2021²⁵.

43. El caso de la STJUE 14 diciembre 2021, C-490/20, *Pancharevo*, aborda la cuestión de si el reconocimiento de la filiación de una persona que consta en un certificado de nacimiento expedido por un Estado miembro debe aplicarse en todos los demás Estados miembros. La respuesta es que sí, pero solo a efectos de permitir la libre circulación de esa persona y de sus progenitores en la Unión Europea, de acuerdo con el artículo 21.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

44. En el caso en cuestión, dos mujeres, una ciudadana búlgara y otra ciudadana del Reino Unido nacida en Gibraltar, contrajeron matrimonio en Gibraltar en 2018 y residían en España desde 2015. En diciembre de 2019, tuvieron una hija en España, y el certificado de nacimiento expedido por las autoridades españolas mencionaba a ambas mujeres como madres.

45. Posteriormente, se solicitó en la ciudad de Sofía, Bulgaria, que se emitiera un certificado de nacimiento para la niña, necesario para obtener un documento de identidad búlgaro. Sin embargo, el funcionario al que correspondía esa gestión denegó la emisión del certificado de nacimiento búlgaro, argumentando que no había pruebas de la identidad de la madre biológica y que la mención de dos progenitores del mismo sexo en el certificado de nacimiento era contraria al orden público búlgaro, que no permite el matrimonio entre personas del mismo sexo.

46. La STJUE concluyó que la niña, al ser ciudadana búlgara y, por lo tanto, ciudadana de la Unión Europea, tiene derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. De acuerdo con la Directiva 2004/38/CE²⁶, los Estados miembros están obligados a expedir documentos de identidad o pasaportes a sus ciudadanos, y en el caso de la niña nacida en España y ciudadana búlgara, las autoridades búlgaras deben emitir dicho documento reconociendo el nombre y apellidos tal como figuran en el certificado de nacimiento expedido por las autoridades españolas.

47. El reconocimiento de la filiación en este caso se limita a los efectos de garantizar la libre circulación de la niña y sus progenitoras en la Unión Europea. No implica que Bulgaria deba reconocer la filiación para otros efectos legales, como sucesiones, responsabilidad parental o obligaciones de ali-

²⁴ Art. 3 Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, por la que se modifica el Reglamento (CEE) no 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE: ~ *Beneficiarios 1. La presente Directiva se aplicará a cualquier ciudadano de la Unión que se traslade a, o resida en, un Estado miembro distinto del Estado del que tenga la nacionalidad, así como a los miembros de su familia, tal como se definen en el punto 2 del artículo 2, que le acompañen o se reúnan con él. 2. Sin perjuicio del derecho personal de los interesados a la libre circulación y a la residencia, el Estado miembro de acogida facilitará, de conformidad con su legislación nacional, la entrada y la residencia de las siguientes personas: 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, o en caso de que, por motivos graves de salud, sea estrictamente necesario que el ciudadano de la Unión se haga cargo del cuidado personal del miembro de la familia; b) la pareja con la que el ciudadano de la Unión mantiene una relación estable, debidamente probada. El Estado miembro de acogida estudiará detenidamente las circunstancias personales y justificará toda denegación de entrada o residencia a dichas personas.* ~

²⁵ STJUE 14 diciembre 2021, C-490/20, *V. M. A. vs. Stolichna obshtina, "Pancharevo"*, [ECLI:EU:C:2021:1008].

²⁶ Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, por la que se modifica el Reglamento (CEE) no 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE (Diario Oficial de la Unión Europea L 158 de 30 de abril de 2004).

mentos. Sin embargo, este reconocimiento funcional a los efectos de la libre circulación constituye un avance importante para garantizar la movilidad de las personas en la Unión Europea²⁷.

48. Es importante tener en cuenta que el reconocimiento funcional de la filiación a efectos de la libre circulación puede generar desafíos en relación con los derechos del niño. Estos derechos están garantizados en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Y por supuesto, el principio del interés superior del menor es un derecho que se debe proteger con arreglo a dicha normativa.

49. Estos casos muestran lo que se considera la jurisprudencia normativa. El TJUE se pronuncia en algunas cuestiones, pero la línea jurisprudencial que adopta es insuficiente en los casos de reconocimiento de la filiación, porque el TJUE solo puede dar respuesta a las cuestiones que se les plantean en el caso concreto objeto de la cuestión prejudicial. El TJUE solo ha argumentado a nivel de Derecho de extranjería, que es sobre lo que se le ha consultado, y no es un sector propio del Derecho internacional privado. Todavía queda por ver qué se debe hacer con las cuestiones propias de Derecho internacional privado²⁸.

3. La cuestión es: ¿existen límites al reconocimiento de los “productos jurídicos” creados en otros Estados miembros?

50. Se deben establecer límites al reconocimiento de estas situaciones, como señalan los profesores CALVO y CARRASCOSA, porque el método del reconocimiento de situaciones “cristalizadas” en un Estado miembro neutraliza la norma de conflicto de los Estados donde se debe reconocer esa situación ya creada en otro Estado miembro.

Uno de estos límites puede ser la exigencia de contactos reales entre el Estado cuyas autoridades intervienen en la creación de la situación privada internacional y dicha situación, para evitar el *Bad Forum Shopping*. Otro de los límites se puede observar con el uso del orden público internacional, que permite rechazar el reconocimiento de decisiones acordadas por autoridades públicas de otros Estados si dicho reconocimiento vulnera los principios jurídicos básicos y fundamentales del Estado de recepción de dicha situación jurídica. Una cuestión candente radica en saber si este método puede aplicarse a todas las materias de Derecho privado y no sólo a las que materias sobre las que se ha pronunciado el TJUE (= nombre de las personas físicas y reconocimiento de sociedades mercantiles). La respuesta parece que debe ser afirmativa: para evitar los obstáculos a la libre circulación en la UE, el método debe extenderse a todas las situaciones privadas internacionales, aunque sólo en esa medida.²⁹

51. La STJUE 5 junio 2018, C-673/16, *Coman-Hamilton* y la STJUE 14 diciembre 2021, C-490/20, *Pancharevo*, son solo un atisbo que apunta en esa dirección, porque estas dos sentencias hacen referencia a ninguna cuestión de Derecho privado. Así, por ejemplo, una filiación, un matrimonio o una adopción legalmente constituida en un Estado miembro son instituciones que deben ser reconocidas

²⁷ N. GOÑI URRIZA, “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.”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 15(1), 2023, pp. 970-978. C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “Libre circulación de personas y homoparentalidad: comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de diciembre de 2021, asunto c-490/20, Pancharevo”, *Crónica de Derecho internacional privado*, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2022, nº 1, pp. 8-13.

²⁸ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, vol. I, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 1912-1915. *Vid. también*, J. MEEUSEN, “Functional recognition of same-sex parenthood for the benefit of mobile Union citizens - Brief comments on the CJEU’s Pancharevo judgment”, 3 febrero 2022, en <https://gedip-egpil.eu/fr/2022/functional-recognition-of-same-sex-parenthood-for-the-benefit-of-mobile-union-citizens-brief-comments-on-the-cjeus-pancharevo-judgment/>

²⁹ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, vol. II, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, p. 1915. Y la obra en ese punto citada de L. HÜBNER, „Die Integration der primärrechtlichen Anerkennungsmethode in das IPR“, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 85, 2021, n.1, pp. 106-145.

en los demás Estados miembros si ello es preciso para asegurar la libre circulación de los ciudadanos europeos en la UE, aunque sólo a dichos efectos³⁰.

VI. Una cuestión incompleta

52. La cuestión del reconocimiento de la filiación en los diferentes Estados miembros de la Unión Europea está incompleta: la filiación de los niños respecto a dos mujeres o dos hombres, esto es, solo se reconoce a efectos de Derecho de extranjería (permisos de residencia, etc), pero los hijos no heredan, no son hijos de sus dos madres en el Estado miembro de destino, no pueden ser visitados por sus madres en un hospital, etc. La “apisonadora” del orden público internacional de cada Estado miembro aplasta todos los efectos legales de la filiación ya acreditada en el Estado miembro de origen, de manera que resurge la relatividad del Derecho internacional privado, sufre la seguridad jurídica, sufre la libre circulación, sí, pero la cuestión es si el orden público internacional debe intervenir o si el Derecho europeo se lo impide.

53. Se debe insistir en la idea de que el orden público es una noción amplia y abstracta que se utiliza para mantener la coherencia jurídica de una sociedad determinada. Cada Estado miembro de la Unión Europea tiene su propio orden público nacional, que refleja los valores y principios fundamentales de esa sociedad en particular. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) establece que el orden público nacional debe estar sujeto a ciertos límites cuando se aplica en el contexto de la libre circulación de los ciudadanos de la UE. Eso ha quedado patente en numerosa jurisprudencia europea.

54. En la sentencia del TJUE del 2 de junio de 2016, en el caso C-438/14, *Bogendorff*, se establece que el concepto de orden público nacional no puede ser utilizado de manera unilateral por un Estado miembro sin ningún control por parte de las instituciones de la UE. En otras palabras, la UE impone un límite al alcance del orden público nacional y exige que solo se invoque en casos de “amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad”.

55. Este límite implica que la excepción del orden público internacional, que puede justificar una restricción a la libre circulación de los ciudadanos de la UE, debe interpretarse de manera estricta. Esto significa que los Estados miembros no pueden invocar el orden público de manera arbitraria o discriminatoria para restringir la libertad de circulación. La restricción debe ser proporcional y justificada por una amenaza concreta y significativa para los intereses fundamentales de la sociedad.

56. En resumen, el concepto de orden público nacional de cada Estado miembro de la UE está sujeto a un límite impuesto por la UE. La restricción al ejercicio de la libre circulación de los ciudadanos de la UE basada en el orden público nacional debe interpretarse de manera estricta y solo puede invocarse en casos de amenazas reales y suficientemente graves que afecten a intereses fundamentales de la sociedad. Evidentemente atendiendo a los datos del caso concreto, los mismos son muy importantes, porque de ellos depende que el orden público internacional se active o no.

57. Se debe dar un paso más allá para que se constate una verdadera protección de los derechos para los ciudadanos europeos que emanan del Derecho europeo. Según la tendencia que se observa en Europa, la protección de esos intereses estatales cede frente a la potenciación de la libre circulación, porque nos encontramos en un mercado interior, en la UE, y es fundamental que esa libre circulación no encuentre obstáculos ni de Derecho público ni privado. Y es así porque la libre circulación es a su vez presupuesto y objetivo en la construcción del Derecho europeo.

³⁰ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, vol. I, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, p. 916.

VII. La propuesta de la UE y la limitación del orden público internacional de los Estados miembros

1. La propuesta de Reglamento del Consejo sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento de resoluciones y aceptación de documentos públicos en materia de paternidad y sobre la creación de un certificado sucesorio europeo de paternidad

58. La Comisión Europea aprobó el día 7 de diciembre 2022 la propuesta de Reglamento del Consejo sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento de resoluciones y aceptación de documentos públicos en materia de paternidad y sobre la creación de un certificado sucesorio europeo de paternidad³¹. La Exposición de motivos de la propuesta de Reglamento, la Unión Europea pretende garantizar que la paternidad establecida en un Estado miembro sea reconocida en todos los demás Estados miembros a todos los efectos. Se desea que el lema de «si se es padre en un país, se es padre en todos los países» sea una realidad.

59. La propuesta de Reglamento continua con la estructura habitual del resto de los Reglamentos de Derecho internacional privado europeo existentes en otras materias: sucesiones, alimentos, régimen económico matrimonial, etc. Establece normas de competencia judicial internacional, de ley aplicable y de reconocimiento y ejecución de sentencias, e incluye un certificado de filiación europeo³².

60. El artículo 2 de la propuesta establece que esta no debe afectar los derechos que el Derecho de la Unión, y específicamente la Directiva 2004/38/CE, confiere a los hijos, especialmente en relación con la libre circulación. Esto significa que la propuesta no tiene como objetivo establecer condiciones adicionales o requisitos para el reconocimiento de la filiación en el ejercicio de los derechos derivados del Derecho de la Unión, ni tampoco afectar la aplicación de esas normas.

61. En consecuencia, el Derecho de la Unión en materia de libre circulación no se verá afectado y continuará siendo aplicable. El reconocimiento de la filiación para el ejercicio de los derechos derivados del Derecho de la Unión solo puede ser denegado por motivos permitidos por el Derecho de la Unión en materia de libre circulación, de acuerdo con la interpretación del Tribunal de Justicia.

62. En consonancia con el Derecho de la Unión vigente y en virtud del artículo 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)³³, se debe prestar atención a la siguiente consideración: el orden público de un Estado miembro no puede ser utilizados como justificación para negar el reconocimiento del vínculo de filiación entre hijos y sus progenitores del mismo sexo, en lo que respecta al ejercicio de los derechos conferidos por el Derecho de la Unión al hijo o a la hija. La justificación se explica por la legislación derivada de producción europea y según la interpretación del Tribunal de Justicia, al respeto a la identidad nacional de un Estado miembro, de acuerdo con el artículo 4, apartado 2, del TFUE.

2. La limitación del orden público internacional de los Estados miembros europeos

63. La propuesta de la UE lo que pretende es desactivar el orden público internacional “nacional” de cada Estado miembro frente a una filiación de dos madres o dos padres. La propuesta limita el campo operativo del orden público internacional de cada Estado miembro del este modo:

³¹ Reglamento del Consejo relativo a la competencia, al Derecho aplicable, al reconocimiento de las resoluciones y a la aceptación de los documentos públicos en materia de filiación y a la creación de un certificado de filiación europeo. EUR-Lex - 52022PC0695.

³² S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, ~ La propuesta de Reglamento europeo sobre filiación. Una presentación crítica ~, *Revista de Derecho Civil*, vol. X, núm. 3 (abril-junio, 2023), Ensayos, pp. 171-200, *vid.* p. 187.

³³ Tratado de la Unión Europea y Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Versiones consolidadas. Protocolos. Anexos. Declaraciones anejas al Acta Final de la Conferencia intergubernamental que ha adoptado el Tratado de Lisboa. DOUE núm. 83, de 30 de marzo de 2010.

- a) La propuesta de filiación³⁴ afirma: el orden público internacional “nacional” de cada Estado miembro se puede emplear, existe, pero no se puede utilizar para detener la libre circulación de la filiación de dos madres o dos padres gracias al importantísimo artículo 21 de la Carta de Derechos fundamentales de la UE.

64. El artículo 21 de la Carta prohíbe «*toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual*». Evidentemente este artículo solo se aplica a situaciones en las que sea aplicable el Derecho de la Unión Europea³⁵.

Artículo 41 Derecho a una buena administración

1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable. 2. Este derecho incluye en particular: el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente, el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial, la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones. 3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros. 4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua.

65. El sujeto discriminado en estos casos sería el menor al que no se reconoce en un Estado miembro su filiación válida y legalmente establecida en otro Estado miembro. Esa discriminación se observaría en una lesión a sus derechos de la personalidad, el niño tiene unos padres en un Estado miembro, pero al cruzar la frontera a otro Estado miembro esos padres ya no son tales.

- b) Ese precepto obliga a todos los Estados miembros a no discriminar a los menores en razón de su nacimiento, claramente se observa esta cuestión cuando se lee textualmente *características genéticas*, en el punto primero del artículo 21 de la Carta.
- c) Lo que hace la propuesta europea es crear un “orden público internacional europeo” (positivo) que prevalece sobre el “orden público internacional nacional” (negativo). Porque en es-

³⁴ Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 14 de diciembre de 2023, sobre la propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, al Derecho aplicable, al reconocimiento de las resoluciones y a la aceptación de los documentos públicos en materia de filiación y a la creación de un certificado de filiación europeo (COM(2022)0695 ~ C9-0002/2023 ~ 2022/0402(CNS)). Se puede consultar en el siguiente enlace: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0481_ES.html

³⁵ De este modo queda expuesto en el preámbulo de la Carta: *“ Los pueblos de Europa, al crear entre sí una unión cada vez más estrecha, han decidido compartir un porvenir pacífico basado en valores comunes. Consciente de su patrimonio espiritual y moral, la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y del Estado de Derecho. Al instituir la ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, sitúa a la persona en el centro de su actuación. La Unión contribuye a la preservación y al fomento de estos valores comunes dentro del respeto de la diversidad de culturas y tradiciones de los pueblos de Europa, así como de la identidad nacional de los Estados miembros y de la organización de sus poderes públicos en el plano nacional, regional y local; trata de fomentar un desarrollo equilibrado y sostenible y garantiza la libre circulación de personas, bienes, servicios y capitales, así como la libertad de establecimiento. Para ello es necesario, dotándolos de mayor presencia en una Carta, reforzar la protección de los derechos fundamentales a tenor de la evolución de la sociedad, del progreso social y de los avances científicos y tecnológicos. La presente Carta reafirma, respetando las competencias y misiones de la Comunidad y de la Unión, así como el principio de subsidiariedad, los derechos reconocidos especialmente por las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes de los Estados miembros, el Tratado de la Unión Europea y los Tratados comunitarios, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Comunidad y por el Consejo de Europa, así como por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El disfrute de tales derechos origina responsabilidades y deberes tanto respecto de los demás como de la comunidad humana y de las futuras generaciones. En consecuencia, la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados a continuación.”*

tos casos se construye ese orden público internacional europeo (positivo) con principios que emanan del Derecho europeo. Ese “OPI europeo” supera al “OPI estatal” y ya no únicamente se construye con los Derechos estatales de los Estados que componen la Unión Europea, aumenta su poder operativo con la observancia de ese Derecho y principios de la UE.

VIII. Conclusiones

66. Las conclusiones que se destacan en este trabajo son tres. Y emanan del estudio de la propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, al Derecho aplicable, al reconocimiento de las resoluciones y a la aceptación de los documentos públicos en materia de filiación y a la creación de un certificado de filiación europeo. Se resumen en los tres puntos siguientes que se desarrollan a continuación:

67. Primera conclusión: la clave de la construcción del actual Derecho europeo se encuentra en la protección y potenciación de la libre circulación de las personas en la UE. La libre circulación de personas y la protección del interés superior del menor son cuestiones cardinales en el sistema jurídico europeo.

68. La libre circulación de personas y, evidentemente, la libre circulación de los menores se debe proteger por encima de cualquier otro derecho o interés. El interés superior del menor y la libre circulación se unen y potencian la protección de los menores en el sector de la filiación.

69. Segunda conclusión: una nueva frontera en la legislación de producción europea.

70. El legislador europeo se eleva a un nivel superior respecto a las cuestiones que legisla y comienza a crear una importante legislación europea sobre el estatuto personal. La soberanía nacional ha sido una línea roja que no se ha traspasado por la UE en temas concernientes al estatuto personal, pero esta tendencia ha ido variando en los últimos tiempos. Se observa que, en una balanza con dos platillos, para el legislador de la UE pesa más la protección y potenciación de la libre circulación que la protección de la soberanía estatal en temas que conciernen al estatuto personal. Esto es ahora, porque hasta hoy, esto no ha sido así, tal como lo explican los profesores Calvo y Carrascosa.

71. Tercera conclusión: el triunfo del orden público internacional europeo.

72. En el caso de la filiación del que se ocupa en este trabajo, se debe subrayar que, si la propuesta acaba en Reglamento, el orden público internacional “nacional” quedará superado y desactivado. Todo esto gracias al orden público internacional europeo. El Derecho europeo es un ordenamiento jurídico en sí mismo, que se aplica por los jueces y tribunales nacionales de los Estados miembros, que aplican su Derecho nacional y por supuesto, el europeo. Estos jueces y tribunales nacionales son defensores tanto del orden público de su Estado miembro, que se compone tanto por el “orden público internacional nacional”, formado por los principios que inspiran su ordenamiento jurídico nacional, como por el orden público europeo, compuesto por los principios fundamentales sobre los que se asienta el Derecho de la Unión Europea. De este modo, en ocasiones se observa que el TJUE limita el alcance del orden público de cada Estado miembro. No obstante, hay que prestar atención, el TJUE no puede decidir la lista de principios específicos que constituyen el orden público de un concreto Estado miembro. Esta acción corresponde a cada Estado miembro en concreto. Sin embargo, sí que puede establecer, por ejemplo, que el interés superior del menor y la libre circulación de personas son elementos claves y fundamentales en la aplicación e interpretación de la normativa europea. Es importante y crucial que el orden público internacional opere siempre con atención al caso concreto, así lo señala la jurisprudencia del TJUE. El orden público internacional no puede operar en abstracto. Se debe interpretar siempre con carácter excepcional, puesto que es una excepción al normal funcionamiento del sistema legal. Y siempre se deben observar los datos del caso concreto. Hasta el momento el legislador europeo nunca ha expresado en su normativa que exista un sector en el que no pueda activarse el orden público internacional. Si ahora lo expone en el sector de la filiación será la primera vez que lo haga.

Marriages across borders within the European Union: Private international law vs. Mutual recognition perspectives

Matrimonios transfronterizos en la Unión Europea: Derecho internacional privado y reconocimiento mutuo

SILVIA MARINO

*Full Professor in EU Law
University of Insubria*

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ

*Full Professor in Private International Law
University of Murcia*

ORCID ID: 0000-0002-0347-7985

Recibido: 31.01.2024 / Aceptado: 03.02.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8429

Abstract: The present paper tackles the issue of the recognition of cross-border marriages and their effects within the European Union. The current praxis allows interesting remarks on the cross-border effects of foreign marriages and their recognition in the perspective of the rights to free movement and to family life. In this framework, the paper scrutinizes a potential definition of the marriage, whether according to EU free movement law or to European human rights law. Due to the lack of a commonly accepted definition, it tests the classic approach to the circulation of foreign documents and certificates, i.e. the conflict of laws perspective. Leading on, it analyses the more fashionable method of the mutual recognition of situations created abroad, as modelled by some States and tested in some cases by the European Courts, too. Despite important advantages, this method does not seem easily accepted for the circulation of the status of spouse(s) and of the institution of marriage. With the aim to push towards enhanced free movement rights and strengthened human rights, the present paper offers some final remarks regarding the legal value of (international) family law in the framework of a social Constitution of the EU*.

Keywords: Cross-border Marriages; Mutual Recognition; Notion of Marriage; Right to Family Life; Right to Free Movement; Family Private International Law.

Resumen: El presente trabajo aborda la cuestión del reconocimiento de los matrimonios transfronterizos y sus efectos jurídicos en la Unión Europea. La praxis actual permite formular interesantes observaciones sobre los efectos transfronterizos de los matrimonios celebrados en otros Estados miembros y sobre su reconocimiento desde la perspectiva de los derechos a la libre circulación de personas y a la

* This Contribution is published in the framework of the Jean Monnet Module: “European Private International Law: Recent Trends and Challenges” (EuPILART), co-funded by the EACEA. Views and opinions expressed are however those of the authors only and do not necessarily reflect those of the European Union or the EACEA. Neither the European Union nor the EACEA as granting authority can be held responsible for them. The Contribution is the output of common research of the authors and represents their shared opinion. However, paras. 1, 2, 3, 8 are to be attributed to Silvia Marino; paras. 4, 5, 6, 7, 9 to Javier Carrascosa González.

vida familiar. En este marco, el documento examina una posible definición del matrimonio, ya sea con arreglo a la legislación de la UE sobre libre circulación o bien según la legislación europea sobre derechos humanos. La falta de una definición comúnmente aceptada pone a prueba el enfoque clásico de la circulación de documentos y certificados extranjeros, es decir, la perspectiva del conflicto de leyes. Más adelante, analiza el método del reconocimiento mutuo de situaciones creadas en el extranjero, tal como lo han modelado algunos Estados y lo han implementado también en algunos casos los tribunales de los Estados miembros y los tribunales europeos. A pesar de sus importantes ventajas, este método no parece fácilmente aceptado para la circulación del status de los cónyuges y del matrimonio. Con el objetivo de impulsar la mejora de los derechos de libre circulación y el refuerzo de los derechos humanos, el presente documento ofrece algunas observaciones finales sobre el valor jurídico del Derecho de familia (internacional) como elemento importante de la Constitución civil de la Unión Europea.

Palabras clave: Matrimonios transfronterizos; Reconocimiento mutuo; Noción de matrimonio; Derecho a la vida familiar; Derecho a la libre circulación de personas; Derecho internacional privado de familia.

Summary: II. Introduction. Families Crossing Borders: The Experience of the European Union. II. Marriage vs. other Forms of Unions: The Traditional Interpretation. 1. The Human Rights perspective: the Marriage and the Family in the case law of the European Court of Human Rights. 2. The Notion of Marriage within the European Union. 3. Testing the Concept of Marriage: Marriages with or between Transgender People. III. The Limited Standard Notion of Marriage within EU Member States Legislation and EU Law. IV. Multiplicity of Laws Applicable to Marriage. The Non-Existent “Lex Matrimonii”. V. Cross-Border Validly Celebrated Marriages and the Mutual Recognition Perspective. VI. Mutual Recognition vs. Conflict Rules. VII. The Advantages of the Mutual Recognition Perspective. VIII. The Middle Way: the CJEU’s *Coman* Judgment. IX. Some Tentative Conclusions Towards the Future: the Civil and Social Constitution of the EU and the Free Movement of Marriages.

I. Introduction. Families Crossing Borders: The Experience of the European Union

1. The issue of the cross-border recognition of family status is a quite modern challenge that derives from two different trends: the increased mobility of the people through the borders and the development of human rights in the private and the family spheres. Although these can be considered as global issues, the experience within the European Union (hereafter: EU) is particularly interesting for three reasons.

2. Firstly, the free movement of people has been a key pillar of the EU since its outset¹, then becoming the ground for family reunification law and for the civil judicial cooperation in family matters², to the extent that it has been recently pointed out as “a space to define the European family”³. Therefore, the experience in the EU can simultaneously stand out the recurring problems, show the relevance of a human rights approach and finally amount to a possible example for the treatment of cross-border family issues.

3. Secondly, the EU is grounded on the sincere cooperation among States with different cultural and legal traditions and sensibilities, that keep exclusive competences in family matters⁴. Thus, the EU

¹ CJEU 1 June 1999, *Eco Swiss*, C-126/97.

² A. LANG, “Impact of the Regulations on the Free Movement of Persons in the EU”, in I. VIARENGO /F. VILLATA (eds.), *Planning the Future of Cross Border Families*, Hart, Oxford, 2020, p. 353.

³ H. KROEZE, “Parent-child relationships in EU free movement law: in-between legal and legitimate”, in E. BERNARD/ M. CRESP/M. HO-DAC (coord.), *La famille dans l’ordre juridique de l’Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2020, p. 234.

⁴ C. KOHLER, “Unification of Private International Law in Family Matters in the European Union: Cultural Issues”, in *Planning the Future*, cit., p. 6 relates the legal culture and international family law to the national identity of the Member States pursuant to Art. 4, para. 2 of the TEU and Art. 67, para. 1 of the TFEU, which, according to F. SALERNO, “La costituzionalizzazione

faces the need to accommodate divergences in an acceptable way for all Member States and for the EU itself, while pursuing its targets.

4. Finally, the EU system on the protection of human rights is peculiar, due to the simultaneous relevance of numerous sources, such as the Charter of Fundamental Rights of the EU, as primary law, the European Convention on Human Rights (hereafter: ECHR) and the national constitutionally-relevant traditions as general principles of EU Law. These sources shall lead to the highest protection of family rights in the EU legislation and case law.

5. Therefore, the peculiarities and the needs within the EU create the fertile ground for experimenting new solutions and for profitable legal transplants, both inwards and outwards⁵.

6. The road towards the human-rights oriented approach to the free movement has been nevertheless long. From a historical perspective, the impact of the right to free movement on families and on family law was not immediately clear. Indeed, next to a multiplicity of economic principles, the founding EEC Treaties provided for a small core of fundamental individual rights: the principles of non-discrimination and of equal pay⁶; and none related to the family or to the social ties of the moving worker. Clearly, the sole cross-border dimension considered there was that related to the civil and commercial matters, to the mutual recognition of legal entities, to the abolition of double taxation, pursuant to former Article 293 TEEC, in a clearly pure economic perspective.

7. This approach quickly proved to be too simplistic, since the worker could be prevented from benefitting from these economic rights if his/her family could not join. A right to family reunification had to be granted in order to make the freedom of movement concretely possible without disregarding his/her affective life. The well-known measures enacted for the purposes of family reunification⁷ list the members of the family benefiting from this right, but do not define the family, neither the family relationship(s)⁸. This choice is not surprising, due to the majoritarian social and legal perspectives at the time. Families were composed of married man and woman, with their common children. Although different situations naturally occurred, these were generally not recognized by the law and sometimes covered by social shame. There was scarcely the doubt that the sole social formation that could benefit from rights was the family based on marriage between a man and a woman. Hence, there had barely been a need to define the marriage, and those cases have passed into the annals of the history. An example from the past is the judgment in *Hyde*⁹, dated back to 1866, where the marriage is linked to the religious de-

dell'ordine pubblico internazionale", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, vol. 54, no. 2, 2018, p. 269, is strictly linked with the protection of human rights.

⁵ V.L. GUTIÉRREZ CASTILLO, "Nouvelles formes familiales en Europe et en Amérique latine: vers un standard commun en matière familiale?", in *La famille dans l'ordre juridique*, cit., p. 254.

⁶ See, recently: S. MARINO, "Il lungo cammino verso la realizzazione della parità retributiva tra lavoratori e lavoratrici e la direttiva 2023/970 sulla trasparenza salariale: il punto di arrivo?", *Studi sull'integrazione europea*, vol. XVIII, no. 3, 2023, pp. 469-498.

⁷ Regulation (EEC) No 1612/68 of the Council of 15 October 1968 on freedom of movement for workers within the Community, *OJ L 257*, 19 October 1968, p. 2; Council Directive 73/148/EEC of 21 May 1973 on the abolition of restrictions on movement and residence within the Community for nationals of Member States with regard to establishment and the provision of services, *OJ L 172*, 28 June 1973, p. 14; Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States amending Regulation (EEC) No 1612/68 and repealing Directives 64/221/EEC, 68/360/EEC, 72/194/EEC, 73/148/EEC, 75/34/EEC, 75/35/EEC, 90/364/EEC, 90/365/EEC and 93/96/EEC, *OJ L 158*, 30 April 2004, p. 77; Regulation (EU) No 492/2011 of the European Parliament and of the Council of 5 April 2011 on freedom of movement for workers within the Union, *OJ L 141*, 27 May 2011, p. 1.

⁸ I. QUEIROLO, "La famiglia nella prospettiva della libera circolazione delle persone: il diritto al ricongiungimento familiare", in L. CARPANETO/F. PESCE/I. QUEIROLO (a cura di), *La "famiglia in movimento" nello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 38.

⁹ Court of Probate and Divorce, {L.R.} 20 March 1866, *Hyde v. Hyde and Woodmansee*, 1 P. & D. 130, on which, recently: J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "El concepto de «matrimonio» en el tiempo y en el espacio. En busca de la esencia de las instituciones jurídicas. El caso *Hyde vs. Hyde* 1866", available at: <http://accursio.com/blog/?p=1165>.

definition, with a stress on its life-long duration and the opposite sex of the spouses. This could appear to have been a good definition at the time of that judgment, and even one century later for the purposes of EEC family reunification. However, it is obsolete nowadays. Religious jurisdiction is clearly separated from civil jurisdiction, while national regulations on divorce and on same sex marriages were introduced in many States. The quest for a new possible definition of the marriage arose only in more recent years, with the development of new family models and the debates stemmed from the draft of EU regulations in family matters within the Area of Freedom, Security and Justice¹⁰.

II. Marriage vs. other Forms of Unions: The Traditional Interpretation

1. The Human Rights perspective: the Marriage and the Family in the case law of the European Court of Human Rights

8. The European Court of Human Rights (hereafter: ECtHR) case law has been distinguished between the heterosexual marriage, on one side, and any other forms of affective unions, on the other side, despite the lack of definition in the ECHR.

9. Article 12 of the ECHR, on the right to marriage, has been interpreted narrowly: according to the established ECtHR's case law, the right to marry is granted to couples formed by a man and a woman, subject to the conditions, e.g. minimum age requirements, established by national laws. The marriage must be real, and not for convenience: in these cases, the State is entitled to nullify it¹¹.

10. These characters have been stressed in the *Rees* case¹² on the grounds of the black letter of the provision and confirmed in *Gas and Dubois*¹³. Here the ECtHR made it clear that Contracting States have no duties to allow same sex couples to marry and that other forms of unions could not integrate the notion of marriage. In *Schalk and Kopf*¹⁴ the refusal to grant the right to marry to same sex couples under Article 12 ECHR was due to the nationally enrooted social and cultural features, and the lack of any *general consensus*¹⁵. As a result, Contracting Parties are free to regulate same sex marriages, but are not compelled to do it. Consequently Article 12 has a divergent scope of application in the Contracting States: where the same sex marriage is not admitted, the provision is applicable to heterosexual marriages only; where the marriage is granted regardless of the sex and the sexual orientation, Article 12 is applicable to all marriages.

11. Furthermore, the right to marry cannot be interpreted as meaning that it imposes uniform effects to marriages and to other forms of unions, including personal and patrimonial rights¹⁶. As a con-

¹⁰ F. PESCE, "La nozione di «matrimonio»: diritto internazionale privato e diritto materiale a confronto", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, vol. 55, no. 4, 2019, p. 787. More information from a historic perspective may be found in J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Matrimonio y elección de Ley (estudio de Derecho internacional privado)*, Ed. Comares, Granada, 2000, *passim*.

¹¹ ECtHR 6 January 1992, *Benes v. Austria*, 18643/91.

¹² ECtHR 17 October 1986, *Rees v. UK*, 9532/81.

¹³ ECtHR 15 March 2012, *Gas and Dubois v. France*, 25951/07.

¹⁴ ECtHR 24 June 2010, *Schalk and Kopf v. Austria*, 30141/04.

¹⁵ The comparative perspective plays an important role in the case law of the ECtHR, since it helps evaluating whether a rule is shared among the Contracting States (S. FREDMAN, "Foreign Fads or Fashions? The Role of Comparativism in Human Rights Law", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 64, no. 3, 2015, p. 631). This approach has been criticized, since sometimes the ECtHR seems to follow the national trends, instead of pushing them (L. WILDHABER/A. HJARTARSON /S. DONNELLY, "No Consensus on Consensus. The Practice of the European Court of Human Rights", *Human Rights Law Journal*, vol. 33 2013, p. 248; C. SÖRGJERD, "Marriage in a European perspective", in J. SCHERPE (ed.), *European Family Law, vol III. Family Law in a European Perspective*, Elgar, Cheltenham, 2016, p. 35).

¹⁶ ECtHR 13 June 1979, *Marcks v. Belgium*, 6933/74; ECtHR 26 January 1999, *Saucedo Gomez v. Spain*, 37784/97; ECtHR 25 July 2003, *Karner v. Austria*, 40016/98.

sequence, registered partnerships and similar unions could even not be equated to the marriage as to their effects, according to the national margin of appreciation¹⁷.

12. The restrictive interpretation of Article 12 is further confirmed by the case law related to divorce. The ECtHR maintains that the right to marry has no relevance at the moment of the dissolution of the marriage, not even in combination with the wish of the interested person to re-marry after divorce¹⁸. In parallel, the Contracting State is not obliged to recognize a divorce obtained abroad under a foreign law¹⁹. These judgments have not yet been overruled, since no other similar claims have been lodged with the ECtHR since then²⁰.

13. It is not yet clear whether Article 12 is applicable to the recognition of marriages celebrated abroad. The answer should be in the affirmative, both in combination with Article 14 on the principle of non-discrimination (on the grounds of the citizenship, of the origin of the spouses, or of the place of celebration, for example), or as a stand-alone right, since the recognition depends on the formal and substantive validity of the marriage²¹.

14. Due to the restrictive interpretation of Article 12, the true key for the development of family law in the human rights context has been Article 8 of the ECHR. The distinction between private life and family life there established has enabled the ECtHR to include affective unions in the latter, in order to offer at least a minimum protection to couples which were not composed of a wife and a husband²². The first developments regarded heterosexual couples living out of wedlock: it has been relatively easy to include these relationships into the right to family life²³, although they could not be assimilated to spouses engaged in a marriage.

15. It took more consideration to reach the same conclusion for same sex couples. Indeed, for a long time these relationships have been included only into the right to private life, it being defined as the right to enter into a relationship with any person of one's choice. Only in *Schalk and Kopf* the ECtHR detected quick evolutions of social attitudes, so that it would have been 'artificial' (para. 94) to maintain a distinction between same sex and opposite sex couples, both to be finally included within the notion of family life under Article 8 of the ECHR. This development has allowed the Court to decide that Contracting States shall provide for a legal form of recognition of same sex couples²⁴ and that partnerships concluded abroad shall produce legal effects in the State of nationality of one of the partners, and where the couple resides²⁵.

¹⁷ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Ley aplicable a los regímenes económicos matrimoniales y Reglamento 2016/1103 de 24 junio 2016. Estudio técnico y valorativo de los puntos de conexión", *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 15, no. 2, 2023, p. 12.

¹⁸ ECtHR 18 December 1986, *Johnston a. o. v. Ireland*, 9697/82. The case was decided under very peculiar circumstances. A few days before the final deliberation in the case, the Irish people rejected divorce in a referendum. See, further: M. ANTOKOLSKAIA, "The 'Better Law' Approach and the Harmonisation of Family Law", in K. BOELE-WOELKI (ed.), *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, Intersentia, Cambridge, 2003, p. 175.

¹⁹ ECtHR 6 July 20120, *Green and Farhat v. Malta*, 38797/07.

²⁰ There are strong arguments for a prospective *révirement*, due to the possibility to detect a general consensus nowadays. Moreover, it is also possible to focus on the negative offsets of the rights granted by the ECHR, as it has been happening with the interpretation of other ECHR's provisions (for the negative interpretation of the rights positively granted, see, in the scope of application of Art. 9 of the ECHR: ECtHR 25 May 1993, *Kokkinakis v. Greece*, 14307/88; ECtHR 18 February 1999, *Buscarini a. o. v. San Marino*, 24645/94). The negative side of the right to marry under Art. 12 is the freedom not to be bound by a marriage, i.e. the right to divorce.

²¹ J. FAWCETT/M. SHUILLEABHAIN/S. SHAH, *Human Right and Private International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2016, p. 600.

²² ECtHR 24 February 1983, *Dudgeon v. UK*, 7525/76; ECtHR 26 October 1988, *Norris v. Ireland*, 10581/83; ECtHR 22 April 1983, *Modinos v. Cyprus*, 15070/89.

²³ ECtHR *Johnston a. o. v. Ireland* case; ECtHR 13 July 2000, *Elsholz v. Germany*, 25735/94; ECtHR 18 July 2006, *Keegan v. Ireland*, 28867/03.

²⁴ ECtHR 14 December 2017, *Orlandi a. o. v. Italy*, 26431/12 a. o.

²⁵ ECtHR 17 January 2023, *Fedotova a. o. v. Russia*, 40792/10, 30538/14 et 43439/14; ECtHR 5 September 2023, *Koilova v. Bulgaria*, 40209/20.

16. Further case law relaxed the conditions for the inclusion of the affective life into the right to family life. After the *Vallianatos*²⁶ and the *Pajić*²⁷ judgments cohabitation is not a requisite in order to recognize a family life, provided that the relation is stable, lasting and cohabitation proves impossible due to objective reasons.

2. The Notion of Marriage within the European Union

17. The lack of definition of the marriage within the EU has led some couples to look for its extensive interpretation²⁸. These cases arose in the fields of family reunification, social security or status of the EU institutions' staff, but had limited success.

18. In *Reed*²⁹ the Regulation 1612/1968 was declared non-applicable to a non-married couple, on the grounds that Article 10 referred only to marriage and not to other relationships. The judgment of the General Court in *Arauxo-Dumay*³⁰ made it clear that, despite the peculiar case at stake, the notions of marriage and widow contained in the EU Staff Regulation refer to couples bound by a civil marriage, because of their legal definitions and of their common sense. This judgment has been confirmed in the field of social security for migrant workers³¹.

19. The sole case where a cohabitation out of wedlock has been characterized as a marriage is to be found in *Eyüp*³² due to the extremely particular circumstances of the case. Here the couple continued cohabitation after divorce, gave birth to children and re-married again after a few years.

20. The CJEU had the opportunity, too, to stress that the marriage must be real, and not for convenience³³. Furthermore, it may be put to an end only through divorce, while the termination of the cohabitation has no legal effects for the purposes of EU free movement and family reunification law³⁴. On the other hand, the divorce has as immediate effect the loss of these rights³⁵, aside from the grounds for divorce, even if the third Country national spouse has been subject to domestic violence³⁶.

The formal celebration of a marriage is thus the necessary condition for benefitting from the EU rights granted to spouses, not to be extended to cohabiting partners.

21. This classic interpretation of the notions of family and spouses has been confirmed in the case law related to same sex couples³⁷. After a restrictive (and contradictory) interpretation in *Grant*³⁸,

²⁶ ECtHR 7 November 2012, *Vallianatos a. o. v. Greece*, 29381/09 and 32684/09.

²⁷ ECtHR 23 February 2016, *Pajić v. Croatia*, 68453/13.

²⁸ Italian scholars have duly scrutinized the developments of the CJEU's case law; among others: L. TOMASI, "La nozione di famiglia negli atti dell'unione e della comunità", in S. BARIATTI (ed.), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, 2007, p. 47; M. CONDINANZI/ C. AMALFITANO, "La libera circolazione della "coppia" nel diritto comunitario", *Il Diritto dell'Unione europea*, 2008, p. 399; E. BERGAMINI, *La famiglia nel diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 5; I. QUEIROLO, "La famiglia", cit., p. 47.

²⁹ CJEU 17 April 1986, *Reed*, 59/85.

³⁰ CJEU 17 June 1993, *Arauxo-Dumay*, T-65/92.

³¹ CJEU 13 June 2013 *Hadj Ahmed*, C-45/12.

³² CJEU 22 June 2000, *Eyüp*, C-65/98.

³³ CJEU 11 July 2002, *Carpenter*, C-60/00; CJEU 23 September 2003, *Akrich*, C-109/01.

³⁴ CJEU 13 February 1985, *Diatta*, 267/83; CJEU 8 November 2012, *Iida*, C-40/11; CJEU 10 July 2014, *Ogieriakhi*, C-244/13.

³⁵ CJEU 16 July 2015, *Singh*, C-218/14.

³⁶ CJEU 30 June 2016, *NA*, C-115/15.

³⁷ J. BORG-BARTHET, "The Principled Imperative to recognise same-sex unions in the EU", 8. *Journal of Private International Law*, vol. 8, no. 2, 2012, p. 359; G. WILLEMS, "La constitution d'un droit européen de la famille: l'exemple (paradigmatique) de la reconnaissance, de la protection et de la circulation des couples homosexuels et des familles homoparentales", in *La famille dans l'ordre juridique*, cit., p. 67.

³⁸ CJEU 17 February 1998, *Grant*, C-249/96.

in *Maruko*³⁹ the Court applied a more open oriented approach in detecting a discrimination in the refusal to grant survivors' benefits where the couple was bound by a civil union, provided that the law assimilated registered partnerships to marriages for all the other patrimonial aspects of the relationship. The principle of non-discrimination on the basis of sexual orientation has been strengthened in *Römer*, where national legislation established only two institutions, the marriage for heterosexual couples and the partnership for same sex couples⁴⁰.

22. Nevertheless, this did not lead to a full equivalence of same sex partnerships to marriages. Although in *D. v. Council*⁴¹ the CJEU detected an increased legal recognition of same sex couples at national level, these relationships were never considered as equivalent to marriage.

23. This traditional interpretation has not been superseded by Directive 2004/38 on EU citizens free movement rights, although enacted in a completely different social environment⁴². Indeed, the right to family reunification is granted for *spouses*⁴³. At the same time this notion is not defined, thus leaving the doubt as to the applicability of the Directive to same sex spouses. Moreover, the Directive does not push towards a full recognition of registered partnerships, neither to their assimilation to a marriage⁴⁴. The right to family reunification thus depends on national legislation and its legal treatment of registered partnerships.

24. The Directive takes into consideration the *de facto* cohabiting couples, too. Article 3, paragraph 2 lays down a duty to facilitate family unity, if the relationship is durable and attested. This formulation raises many doubts as to the kind of relationship concerned and to the proof of the fulfilment of the requested conditions, but it is clear, as confirmed by the case law⁴⁵, that these couples are far from being assimilated to married couples and do not enjoy a full right to family reunification.

25. Needless to say, Directive 2003/86⁴⁶ on the right to family reunification has a far more restrictive approach, because its beneficiaries are third Country nationals legally residing in the EU, whom can be granted a smaller set of rights compared to EU citizens⁴⁷. Provided that the spouse is always considered as a family member, Article 4, paragraph 4 grants reunification for one spouse only in polygamous marriages⁴⁸. This provision is interesting under two perspectives. The first is that the Regulation does not give preference to any of the wives, neither the first in chronological order, that would exclude the bachelor status in a monogamist perspective. That means that the husband is able to choose the

³⁹ CJEU 1 April 2008, *Maruko*, C-267/06.

⁴⁰ CJEU 10 May 2011, *Römer*, C-147/08.

⁴¹ CJEU 31 May 2001, *D v. Council*, C-122/99.

⁴² See, recently, N.N. SHUIBHNE, *EU Citizenship Law*, Oxford University Press, Oxford, 2023, pp. 261 ff.

⁴³ This distinction confirms 'a form of superiority of marital life over other forms of conjugal life': E. DUBOUT, "The European Form of Family Life: The Case of EU Citizenship", *European Papers*, vol. 5, no. 1, 2020, p. 13.

⁴⁴ O. LOPES PEGNA, "La determinazione dello status familiare nella disciplina del ricongiungimento", in A. CAGNAZZO/F. PREITE/V. TAGLIAFERRI (a cura di), *Il nuovo diritto di famiglia. Profili sostanziali, processuali e notarili, vol. IV, Tematiche di interesse notarile. Profili internazionalprivatistici*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 853; F. BUONOMENNA, "Nuovi scenari di diritto di famiglia, con particolare riferimento alle unioni civili: profili evolutivi e applicativi del diritto internazionale privato ed europeo", *Studi sull'integrazione europea*, vol. 14, no. 3, 2019, p. 689.

⁴⁵ CJEU 12 July 2018, *Banger*, C-89/17.

⁴⁶ Council Directive 2003/86/EC of 22 September 2003 on the right to family reunification, *OJL* 251, 3 October 2003, p. 12.

⁴⁷ V. PETRALIA, "Ricongiungimento familiare e matrimonio poligamico. Il riconoscimento di valori giuridici stranieri e la tutela delle posizioni deboli", *Quaderni europei*, vol. 40, 2013, p. 49; S. BARBOU DES PLACES, "Is Free Movement (Law) Fully Emancipated from Migration (Law)?", in N.N. SHUIBHNE (ed.), *Revisiting the Fundamentals of the Free Movement of Persons in EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 2023, pp. 6 ff.

⁴⁸ The compatibility of this approach with the protection of human rights has been indirectly confirmed by the ECtHR 6 January 1992, *Alilouch El Abasse v. Netherlands*, 14501/89. Nevertheless, the Institut de Droit International, Session de Cracovie – 2005, Ninth Commission. Cultural differences and ordre public in family private international law (available at: https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/2005_kra_02_fr.pdf) tries to overcome these limits, stating that the validity of a polygamic marriage shall not be contested for public policy reasons, if the marriage is celebrated in a State admitting it. States might not recognize these unions, if both spouses were habitually resident in a State not allowing polygamy, or if the first spouse is a citizen of, or has habitual residence in, such a State.

wife he wishes to reunite with, thus risking an infringement of the right to family life of the left behind spouses. The second is that the directive recognizes the legal model «polygamous marriage» as existing outside of the EU. This is very clear both from the wording, since Article 4, paragraph 4 uses the terms marriage and spouse, exactly as Article 4, paragraph 1 referring to family members, and from the rights conferred, since automatic family reunification in favour of one wife is granted to the same extent of a spouse in a monogamic marriage. However, the Directive attaches to the polygamous marriages limited effects and rights as to family reunification⁴⁹, making it more similar to European standard monogamist marriages when the couples enter into the EU.

26. Finally, Article 9 of the Charter of Fundamental Rights of the EU uses a gender-neutral formulation but does not impose the acceptance and the recognition of same sex marriages⁵⁰. As a consequence, Member States remain free to introduce this institution, but have no duties to regulate it or to accept same sex marriages celebrated abroad.

27. Currently, marriage is the civil formal union between a man and a woman under both ECHR and EU Law, polygamy included, and other forms of union have a limited accessibility to the rights which are instead automatically conferred to spouses⁵¹.

3. Testing the Concept of Marriage: Marriages with or between Transgender People

28. The only issue that has incurred important developments related to the notion of marriage is the treatment of transgender people. These started with the ECtHR case in *Rees*,⁵² where the claimant complained that the national legislation did not recognize any legal status consistent with his acquired physical appearance. Although the Court dismissed the claim, it recommended a constant verification of the legal and administrative situation, thus, implicitly, a future modification of the law. The same warning was present in the judgment in *Sheffield*⁵³.

29. In the subsequent case *Goodwin*⁵⁴ the ECtHR could not but state the lack of any development of UK Law. The Court stressed the emerging European consensus on the legal effects of gender reassignment⁵⁵. These included the right to marry, too, which shall depend on factual elements to be assessed at the time of marriage. It follows that the transsexual person has both the right to have his/her identity changed in all public documents, according to his/her current sexual appearance, and further to marry, taking into consideration the gender reassignment.

30. The CJEU followed a forward-looking approach through the application of the principle of non-discrimination. It started within a claim in the field of labour law⁵⁶, to reach the core of family law,

⁴⁹ P. LAGARDE, “La théorie de l’ordre public international face à la polygamie et à la répudiation. L’expérience française”, in *Nouveaux itinéraires en droit: hommage à François Rigaux*, Bruylant, Bruxelles, 1993, p. 262.

⁵⁰ As it has been pointed out by A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “I matrimoni tra persone dello stesso sesso”, en S. BARIATTI / A.G.DANOVÌ (a cura di), *La famiglia senza frontiere*, CEDAM, Padova, 2008, pp. 81-98; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Aspectos internacionales de los matrimonios entre personas del mismo sexo: notas a la Resolución-Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de julio de 2005”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, año LX, núm. 2007, 15 febrero 2006, pp. 5-51; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Derecho internacional privado y matrimonios entre personas del mismo sexo”, *Anales de Derecho, Revista de la Facultad de Derecho Universidad de Murcia*, 2005, n.23, pp. 11-70.

⁵¹ C. MCGLYNN, “The Europeanisation of Family Law”, *Child and Family Law Quarterly*, vol. 13, no. 1, 2001, p. 47.

⁵² ECtHR *Rees v. UK*, cit..

⁵³ ECtHR 30 July 1998, *Sheffield and Horsham v. UK*, 22985/93 and 23390/94.

⁵⁴ ECtHR 11 July 2002, *Goodwin v. UK*, 28957/95.

⁵⁵ This human rights-oriented approach of the ECtHR case law is far from being completely accepted, as demonstrated by the more recent judgment ECtHR 9 July 2020, *Y.T. v. Bulgaria*, 41701/16.

⁵⁶ CJEU 30 April 1996, *P. v. S.*, C-13/94.

the right to marry. In *K.B.*⁵⁷ a discrimination appears from the fact that the transsexual is prevented from satisfying the substantial requirements for the access to marriage, due to the impossibility to change his/her documents. The CJEU refers to the ECtHR judgment in *Goodwin*: if a person has a right to adapt his/her gender, he/she has the consequent right to legal reassignment and to enjoy all the rights stemming from his/her reassigned sex, included that to marry, pursuant to the right of non-discrimination.

31. A different issue stems from the gender reassignment after the celebration of the marriage. The ECtHR judgment in *Hämäläinen* offers a good example of the flexibility required from Contracting States in tackling these sensitive situations⁵⁸. If same sex marriages are not allowed, the possibility either to divorce or to convert the previous marriage into a registered partnership respects the rights to private life and to family life of the transgender person and of the couple. Indeed, the former can have the sex reassigned, both physically and legally; the latter can choose to continue a shared life in the legal form provided for by the Contracting State concerned. Under this perspective, the judgment 170/2014 of the Italian Constitutional Court⁵⁹, decided a few weeks *before* the *Hämäläinen* case, seems to be perfectly consonant with the need to protect human rights. Provided that Italy does not admit same sex marriages and that it did not regulate registered partnership at the time of the judgment, the legally established forced divorce after the gender reassignment of one of the spouses was deemed to be infringing the right to family life. The Constitutional Court stressed that it was for the legislator to regulate new family institutions aimed to preserve the rights of same sex couples, but this could not jeopardize the rights of the current families. Under this judicial review, the judgment admits (at least) one same sex marriage – that concerned by the claim – in a State where homosexual couples could not formalize a relationship.

32. Article 1, paragraphs 26 and 27 of the Italian law 76/2016 on civil unions explicitly tackles this issue: the gender reassignment of a spouse converts the marriage into a same sex partnership, provided that the spouses do not wish to separate or to divorce. Differently drafted, this is substantially the same solution that the ECtHR declared acceptable in the *Hämäläinen* case. On the other hand, the partnership ceases in case of gender reassignment, because it is reserved to same sex unions only. This does not amount to a violation of the right to private or family right of the partners, since they are apt to marry because of the acquired different physical and legal sex at the time of marriage. Therefore, in both cases after gender reassignment it is possible to maintain or to create a legal status which formalizes the relationship, if the interested parties so wish.

III. The Limited Standard Notion of Marriage within EU Member States Legislation and EU Law

33. The retention of a classic interpretation of the notion of marriage, as a formal commitment between a man and a woman, can depend on the lack of any other common core within EU Member States. While the differences in the past stemmed from the various formal aspects of the marriage⁶⁰, the

⁵⁷ CJEU 7 January 2004, *K.B.*, C-117/01.

⁵⁸ ECtHR 16 July 2014, *Hämäläinen v. Finland*, 37359/09.

⁵⁹ Italian Constitutional Court 170/2014, available at: <http://www.giurcost.org/decisioni/2014/0170s-14.html>.

⁶⁰ Firstly, some States have a system in which religious marriage is mandatory. Today such system is in decline, as it infringes the *jus connubii*, because it prevents marriages between non-believers and / or forces them to disclose their beliefs. The system was followed in Spain from the Council of Trent (1563) until the Civil Marriage Law of 1870. Secondly, some systems were based on compulsory religious marriage, but in which a subsidiary civil form for non-believers was contemplated. This system is in decline today, too. It was followed in Spain in the period 1938-1978, under Franco's regime. Thirdly, in several countries a system of marriage by a purely private contract is observed. That was the case of some Western Countries until the Council of Trent, including Spain (the so-called "clandestine marriage" or "a yuras"). Today it still exists, with certain limitations, in some States of the USA in the form of the well-known "Common Law marriage", as well as in some Muslim States. Fourthly, a mandatory civil marriage system was propagated after the 1789 French Revolution, which is followed by a large group of States (France, the Netherlands, Belgium, Switzerland, Hungary, Romania, Germany, Honduras a.o.). Fifthly, another system considers that marriage is a civil institution that gives rise to rights and duties for the spouses, regulated in civil law. However, the marriage can be celebrated through a civil or a religious ceremony (Spain, Italy, Portugal, Norway, Sweden, Denmark, Finland, United Kingdom, Australia, Canada, New Zealand, and many States of the USA). Finally, some States

more recent works of the Commission on European Family Law (hereafter: CEFL)⁶¹ present interesting outcomes related to the substantive aspects of the marriage.

34. Although they have a purely academic nature, and despite some criticism⁶², the CEFL principles have helped to enlighten at least two main issues. First, the divergences in European Family Law at national level depend on the different national approaches towards personal freedom that started in Europe from the end of the 1960s. These movements led to changes even within the very same nature of the heterosexual marriage, since it is considered as a formalized contract in some European Nordic States, but as a religious institution in other States, with differing intermediate nuances⁶³.

35. These differences lead to the second issue, which is the difficulty to accept family institutions created abroad. With the movement of people, legal status aims to circulate and to be recognized in the State of destination. States must therefore face the models' circulation challenge⁶⁴. This fragmented situation prevents the EU from defining the notions of family and of marriage. It risks overcoming the national differences, privileging one approach and thus eroding national exclusive competences and perceived values. The EU might incur the risk of undermine the national identities, protected by Article 4, paragraph 2 of the TEU⁶⁵ and thus the trust in the EU itself. Therefore, it does not come as a surprise that definitions are lacking in the EU legislation.

36. A striking example is the civil and judicial cooperation policy, within which the EU is conferred competence to adopt measures on family law (Art. 81, para. 3 of the TFEU). Despite the enactment of a meaningful number of measures, definitions are generally missing. The pragmatic reason thereof is that the unanimity needed in the Council cannot be obtained in relation to family private international law, so that numerous regulations are established by enhanced cooperation. In this framework, the provision of specific definitions would appear inappropriate and might amount to an infringement of the rights of the non-participating Members States, which must not be affected by the enhanced cooperation (Art. 326 of the TFEU).

37. The sole exception is to be found in Article 3, paragraph 1, letter a) of the Regulation 2016/1104 on the patrimonial effects of registered partnerships⁶⁶. Recital 17 tries to limit its impact, stating that it applies solely for the purpose of this Regulation and that Member States shall not be obliged to introduce this institution in national law. Nevertheless, the definition does not resolve the main issues related to the circulation of registered partners and their status, such as the legal nature of the institution, its treatment when the registered partnership is not regulated in the State of destination, the relevance, if any, of the sexual orientation of the partners and of the different means of its conclusion and registration.

follow a system that may be called "alternative double marriage". Here, there are two different marriages, governed either by civil law or by religious regulations. Their legal regime is different, both in terms of form and substance. See, further: C. DRAGHICI, *The legitimacy of family rights in Strasbourg case law*, Bloomsbury, Oxford and Portland, 2017, p. 43.

⁶¹ For the establishment, the working methods, the results of the CEFL: K. BOELE-WOELKI, "Building on Convergence and Coping with Divergence in the CEFL Principles of European Family Law", in M. ANTOKOLSKAIA (ed.), *Convergence and Divergence of Family Law in Europe*, Intersentia, The Hague, 2007, p. 253; K. BOELE-WOELKI/N. DETHLOFF/W. GEPHART (eds.), *Family law and culture in Europe*, Intersentia, The Hague, 2014; K. BOELE-WOELKI, "The Impact of the Commission on European Family Law (CEFL) on European Family Law", in J. SCHERPE (ed.), *European Family Law, vol. I, The Impact of institutions and Organisations on European Family Law*, Elgar, Cheltenham, 2016, p. 209.

⁶² D. BRADLEY, "A Note on Comparative Family Law: Problems, Perspectives, Issues and Politics", *Oxford University Comparative Law Forum*, vol. 4, 2005, p. 4.

⁶³ C. DRAGHICI, *The legitimacy of family rights*, cit., p. 43.

⁶⁴ J. SCHERPE (ed.), *European Family Law, vol. II. The Changing Concept of 'Family' and Challenges for domestic Family Law*, Elgar, Cheltenham, 2016 presents national reports on the concept of family and related challenges due to the current modernization within a meaningful number of European States.

⁶⁵ J. SCHOLTES, *The Abuse of Constitutional Identity in the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2023.

⁶⁶ Council Regulation (EU) 2016/1104 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of the property consequences of registered partnerships, *OJL* 183, 8 July 2016, p. 30.

Therefore, the definition can still overcome national legislations of the participating Member States⁶⁷, provided that some national institutions can be excluded or included therein, notwithstanding the willingness or unwillingness of the State to characterize the national institution as part of family law⁶⁸.

38. The approach followed under Regulation 2016/1103 on matrimonial property regimes⁶⁹, i.e. no definition, leaves many open issues, but has the merit of being coherent with the scarce competences conferred to the EU in the field of family law and with the limited participation thereto⁷⁰. In the current situation, the issue of the circulation and the recognition of family status is left to Member States, which should tackle it in conformity with the ECtHR and the CJEU case law.

IV. Multiplicity of Laws Applicable to Marriage. The Non-Existent “*Lex Matrimonii*”

39. The preliminary issue of private international law aspects related to marriage depends on the fact that the notion of marriage is not clear at all. The word is the same - “marriage” -, but the meaning is different⁷¹. What is in a name? That which we call a rose (marriage) by any other name would smell as sweet, Shakespeare wrote.

40. Failing any common definition of the marriage, private international law shall intervene in balancing the differences, thus respecting them. The EU has never enacted private international law rules on its formation and celebration pursuant to Article 81, paragraph 3 of the TFEU⁷². It is curious to see that, on the contrary, the EU has enacted conflict of laws rules governing the dissolution of marriage, included in the so-called “Rome III” Regulation⁷³. Despite the political difficulties in its approval, that led to the establishment of an enhanced cooperation, it is interesting to stress that the EU is more interested in divorce than in marriage, regardless of the fact that the latter is a right granted by the ECHR, while the former is not.

41. Each EU Member State has its own national conflict of laws rules to set the law applicable to the formation of marriage in cross-border cases. In this scenario, most Member States do not have

⁶⁷ These are: Austria, Belgium, Bulgaria, Croatia, Cyprus, Czech Republic, Finland, France, Germany, Greece, Italy, Luxembourg, Malta, Netherlands, Portugal, Slovenia, Spain and Sweden.

⁶⁸ For example, it is debatable whether the *contratto di convivenza* (cohabitation contract) regulated by Art. 1, paras. 50 ff. of the Italian law No 76/2016 on the registered partnerships is included therein.

⁶⁹ Council Regulation (EU) 2016/1103 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes, *OJL* 183, 8 July 2016, p. 1.

⁷⁰ Participating Member States are the same as for Regulation 2016/1104.

⁷¹ See, with regard to divorce and legal separation under EU law, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, „Artículo 2: Definiciones“, in *Comentario al nuevo Reglamento (UE) Bruselas II ter. 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*, (dir. Esperanza Castellanos Ruiz y coord: Castellanos Ruiz, María José), Tirant lo Blanch, Colección Derecho Internacional, 2023, pp. 127-164. Also J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, „*First dates*, promesa de matrimonio y Derecho internacional privado“, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n.13-2, 2021, pp. 10-76.

⁷² After several years of uncertainty, no one doubts now that the EU has full competence to regulate issues of private international family law, thanks to Art. 81 of the TFEU. Nevertheless, EU Law does not provide for the formation of marriage (C. KOHLER, “L’art. 220 du traité CEE et les conflits de juridictions en matière de relations familiales, premières réflexions”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, vol. 28, no. 2, 1992, p. 221; R. BARATTA, “Verso la comunitarizzazione dei principi fondamentali del diritto di famiglia”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, vol. 41, no. 4, 2005, p. 573; S. BARIATTI (ed.), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*; F. MORO, “Observations sur la communautarisation du droit de la famille”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, vol. 43, no. 4, 2007, p. 675; A. RODRÍGUEZ BENOT, “La unificación del derecho de familia en los procesos de integración regional: la experiencia europea”, in N. GONZÁLEZ MARTÍN/A. RODRÍGUEZ BENOT (eds.), *El Derecho de familia en un mundo globalizado*, Porrúa, Ciudad de México, 2007, p. 93; S. MARINO, “Common core or enhanced cooperation in European family law?”, in A. CEBRIÁN SALVAT/I. LORENTE MARTÍNEZ (Coord.), *Protección de menores y Derecho Internacional Privado*, Comares, Granada, 2019, p. 73.

⁷³ Council Regulation (EU) No 1259/2010 of 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation, *OJL* 343, 29 December 2010, p. 10.

a unique law applicable to all marriage requirements (*lex matrimonii*). For instance, in Spain, the law applicable to marital capacity is determined in accordance with Article 9, paragraph 1 of the Spanish civil code — and it is the national law of each intending spouse⁷⁴. The law applicable to matrimonial consent is also established in accordance with Article 9, paragraph 1 of the Spanish civil code — and, again, it is the national law of each intending spouse⁷⁵. Finally, the law applicable to the form of marriage is specified in accordance with Articles 49 and 50 of the Spanish civil code — and it is the law of the country where the marriage is celebrated. Nevertheless, Spaniards can also marry abroad in accordance with the forms set out in Spanish law and foreigners can marry in Spain in accordance with the forms established by their personal laws. In Italy, nuptial capacity and matrimonial consent are again subject to the national law of each intending spouse (Art. 27 of the law 218/1995). The law applicable to the form of the marriage is the law of the place of celebration or the national law of either of the intending spouses at the time of the celebration or the law of the State of common residence of each intending spouse at that time (Art. 28 of the law 218/1995)⁷⁶. The existence of capacity, consent and form requirements for the valid celebration of marriage raises complicated characterization problems⁷⁷.

42. These complex rules find a more general limit: in the event that the application of a provision of foreign law is contrary to the public policy of the Member State where the marriage is celebrated, that law shall not apply. Public policy can operate in the case of foreign laws that admit “arranged marriages” or “forced marriages”, laws that contemplate a marriage without matrimonial consent, “temporary marriages” or marriages of convenience⁷⁸. Public policy must also intervene in the event of foreign laws that prevent marriages due to difference of religion or race, foreign laws that allow marriages between very close relatives, marriage of children and other similar situations. In any case, it should be stressed that international public policy is a “national” legal concept and it is frequently different from one State to another⁷⁹.

43. Once the marriage is celebrated in a Member State in accordance with the material rules designated by its national conflict of laws rules, the marriage is correctly formed. Under the law of the Member State where it has been celebrated, this marriage exists and creates a specific civil status of the spouses. It is a validly formed legal situation in that State.

V. Cross-Border Validly Celebrated Marriages and the Mutual Recognition Perspective

44. Not only does EU Law lack uniform conflict rules to designate the law applicable to the formation of marriage, but it also falls short of legal rules to ensure that a marriage validly celebrated in a Member State is considered valid in other Member States. It is odd but, as it has been already pointed

⁷⁴ With regard to the law applicable to capacity to enter into a marriage: D. BRADSHAW, “Capacity to Marry and the Relevance of the *Lex Loci Celebrationis*”, *Anglo-American Law Review*, vol. 112, no. 2, 1986, p. 127; Y. AMIN/A. ROOK, “Capacity to marry and marriages abroad”, *Solicitors Journal*, vol. 152, 2008, p. 8; G.P. ROMANO, “Is Traditional Multilateral Rule Relating to Capacity to Marry in Line with the Constitution”, *Yearbook of Private International Law*, vol. 7, 2005, p. 205.

⁷⁵ With regard to the law applicable to consent to enter into a marriage: C.M.V. CLARKSSON, “Marriage in England: Favouring the *Lex Fori*”, *Legal Studies*, 1990, p. 88; G.P. ROMANO, “La bilateralité éclipse par l’autorité. Développements récents en matière d’état des personnes”, *Revue critique du droit international privé*, vol. 95, 2006, p. 457; R. GAFFREY-RHYS, “Developments in the Field of Forced Marriage”, (*International Family Law*, vol. 25, 2008, p. 26; C. BRIÈRE, “Nullité du mariage pour défaut de consentement”, *Journal du droit international*, vol. 136, 2009, p. 147; C. HEATON/L. MCCALLUM, *Forced Marriage*, Jordan, London, 2009; M.C. DE LAMBERTYE-AUTRAND, “Note: Cour de Cassation civ. 1^{re} 29 janvier 2014”, *Revue critique du droit international privé*, vol. 103, 2014, p. 605.

⁷⁶ S. ADROHER BIOSCA, *Forma del matrimonio y Derecho internacional privado*, Bosch, Barcelona, 1993; M. REQUEJO ISIDRO, *Ley local y forma de los actos en el Derecho internacional Privado español*, Eurolex, Madrid, 1998.

⁷⁷ C.J. MALMQVIST, “Die Qualifikation der Brautgabe im schwedischen IPR”, *IPRax*, vol. 32, no. 12, 2012, p. 191; F. STURM, “Handschuhe und Selbstbestimmung (OLG Zweibrücken, S. 442)”, *IPRax*, vol. 33, no. 5, 2013, p. 412.

⁷⁸ F. NIBOYET, *L’ordre public matrimonial*, L.G.D.J., Paris, 2008; R. GAFFREY-RHYS, *op. cit.*, p. 26.

⁷⁹ T. LUTZI, “Der gleichberechtigte Zugang zur Ehe als Teil des französischen ordre public international”, *IPRax*, vol. 35, no. 4, 2015, p. 381.

out, EU Law does guarantee the free movement of divorce decrees through the Brussels IIb Regulation, on jurisdiction in matrimonial matters⁸⁰, but it does not support the free movement of marriages.

45. In this context, the validity in the Member State B of a marriage validly celebrated in the Member State A depends on the national rules regarding extraterritorial validity of public documents and certificates in force in Member State B. If these rules are too strict, they can result in a violation of the fundamental right to the free movement of persons within the EU (Art. 21 of the TFEU), or to family rights (Art. 8 of the ECHR), thus creating cross border limping relationships. This means, for example, that a marriage validly celebrated in Spain between a Portuguese and an Italian might be considered “existing and valid” in Spain but not in Italy, because Italian legal rules might reject the recognition of such a marriage. In such case, the spouses may feel discouraged from living and working in a country, Italy, where they are not legally considered as “spouses”.

46. In this framework, the application of the conflict of laws rules of the Member State of origin is of the essence. It is necessary to establish upstream the State law that governs a marriage to determine that this has been validly created in accordance with the law. Consequently, it may be affirmed that the conflict of laws method is still fundamental to state that the marriage exists and has been validly celebrated in the State of origin⁸¹.

47. Downstream, notwithstanding the silence of the EU law maker on the recognition of marriages within the EU, the CJEU has generated a method to guarantee the free movement of certain legal situations in the EU. It is the so-called “mutual recognition” method, already outlined by ample specialized academic literature, too⁸². Mutual recognition of legal situations validly created in one Member State in accordance with national conflict of laws rules makes it possible to ensure that the legal situation of individuals does not change when they cross the border to another Member State. Thus, legal certainty is reaffirmed. This method eliminates the obstacles to the free movement caused by the national rules of the Member States governing the recognition of marriages celebrated in other countries. It is a method that invigorates private international law as it makes it more sensitive to specific cases⁸³, where human rights are at stake.

VI. Mutual Recognition vs. Conflict Rules

48. Marriages celebrated in a Member State are created through the intervention of non-judicial public authorities: civil registrars, mayors, notaries and other public officials. Their acts could be considered as “hybrid decisions”⁸⁴: indeed, these decisions involve a private element – a legal business between individuals – and a public element – the intervention of a public authority that ensures the

⁸⁰ 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, *OJL* 178, 2 July 2019, p. 1.

⁸¹ See, with further references, A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Capítulo 9. La celebración del matrimonio y sus efectos personales en el Derecho internacional privado (epígrafes XXII a XXIX)”, in M. YZQUIERDO TOLSADA/M. CUENA CASAS (Dir.), *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. I (*Derecho de Familia y Derecho de la Familia. La relación jurídico-familiar. El matrimonio y su celebración*), Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2011, pp. 1083-1109 y 1113-1114.

⁸² Among others: D. COESTER-WALTJEN, “Anerkennung im Internationalen Personen-Familien- und Erbrecht und das Europäische Kollisionsrecht”, *IPRax*, vol. 26, no. 4, 2006, p. 392; K. FUNKEN, *Das Anerkennungsprinzip im internationalen Privatrecht: Perspektiven eines europäischen Anerkennungskollisionsrechts für Statusfragen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009; R. BARATTA, “La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales”, *Hague Collected Courses*, vol. 348, 2010, p. 256.

⁸³ H.-P. MANSEL/K. THORN/R. WAGNER, “Europäisches Kollisionsrecht 2010: Verstärkte Zusammenarbeit als Motor der Vereinheitlichung? ”, *IPRax*, vol. 31, no. 1, 2011, p. 1.

⁸⁴ C. PAMBOUKIS, *L’acte public étranger en droit international privé*, L.G.D.J., Paris, 1993; C. PAMBOUKIS, “L’acte quasi public en droit international privé”, *Revue critique du droit international privé*, vol. 42, no. 3, 1992, p. 565; H. MUIR-WATT, “La rencontre dans l’espace de figures hybrides (variations autour du conflit international de décisions)”, *Revue générale des procédures*, vol. 1, 1998, p. 311.

adjustment of such business to the law. The new legal situation of the spouses is officially reflected in a “public document” after the intervention of an authority of the State of origin⁸⁵.

49. In order to assess the validity of these marriages in other Member States, the “public element” of these situations must be taken into account. Indeed, this is the key element for the existence of the new status as such. Therefore, although these marriages do not appear in judicial decisions such as “judgments” or similar with an *erga omnes* and *res judicata* effect, they do appear in documents granted by public authorities. Consequently, in order to assess the validity of these marriages in other Member States, the Member State of destination should not apply its conflict of laws rules⁸⁶. The marriage has already been celebrated and has been certified by a public authority in the State of origin. Now it is time to examine the validity in a State B of a marriage celebrated in a State A⁸⁷. The method to be implemented to face this question is the key.

50. The problem is well-known, and some solutions have been attempted. One of them is the Convention to facilitate the celebration of marriage abroad, signed in Paris on 10 September 1964. However, it requires an administrative cooperation among the States of habitual residence and/or citizenship and/or place of marriage of the intending spouses, under certain circumstances, that could facilitate the future recognition of the marriage. Furthermore, automatic recognition is not imposed by the Convention. Therefore, its solutions cannot be considered straightforward, if compared to the ECtHR’s and CJEU’s approaches.

51. A large number of private international law standards include legal rules that embrace the perspective of mutual recognition of legal situations. These are not conflict of laws rules, but rather rules on the recognition of legal situations created abroad⁸⁸, like the renowned Article 45, paragraph 1 of the Swiss Private International Law Act. Similarly, Article 9 of the Hague Convention of 1978, on the celebration and recognition of marriages, forces the contracting States to incorporate into their legal systems the validity of marriages legally celebrated abroad. In this international convention, the State of destination of the marriage must not control the validity of a marriage through its conflict of laws rules, but through its rules on the recognition of legal situations created in other States⁸⁹. It is unfortunate that this convention must be the ‘true sleeping beauty of private international law’,⁹⁰ as it is only in force for Australia, the Netherlands and Luxembourg. Moreover, its awakening is quite unlikely, mostly for two reasons. If it was to be successful, it would have received more ratifications in 43 years. The lack of participation denotes a scarce interest therein and/or share of its contents in the global context. Moreover, it is not possible to impose in the international community the same mutual trust that can be presumed in the EU and that would be necessary in order to give effects to the 1978 Convention’s modern solutions⁹¹.

⁸⁵ G. GOLDSTEIN /H. MUIR WATT, “La méthode de la reconnaissance à la lueur de la Convention de Munich du 5 septembre 2007 sur la reconnaissance des partenariats enregistrés”, *Journal du droit international*, vol. 137, no. 4, 2010, p. 1085.

⁸⁶ R.M. MOURA RAMOS, “Regards sur les sources et les méthodes du droit international privé de la famille dans l’espace européen”, in I. PRETELLI/G.P. ROMANO/T. ROSSI (Coord.), *Tui Memores – La dimensión culturelle du droit international privé. Actes de la Journée en l’honneur de Tito Ballarino du 13 juin 2014 à Lausanne et Essais recueillis par ses amis et élèves*, Schulthess, Zürich, 2017, p. 85.

⁸⁷ P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho internacional privado español*, Aranzadi, Navarra, 2002, p. 99.

⁸⁸ E. JAYME, “Diritto di famiglia, società multiculturale e nuovi sviluppi del diritto internazionale privato”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, vol. 29, no. 2, 1993, p. 295.

⁸⁹ P. LALIVE, “La convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages”, *Annuaire suisse de droit international*, vol. 34, 1978, p. 31; C. ROEHRICH, “La convention de La Haye du 1^{er} octobre 1977 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages. Droit international privé, *Droit international privé: travaux du Comité français de droit international privé*, vol. 2, 1980, p. 3.

⁹⁰ P. NYGH, “The Hague Marriage Convention – A Sleeping Beauty? ”, in G. DROZ/A. BORRÁS/A. BUCHER/M. VERWILGHEN/T. STRUYCKEN (eds.), *E pluribus unum. Liber amicorum Georges A. L. Droz. On the Progressive Unification of Private International Law*, Martinus Nijhoff, The Hague, Boston, London, 1996, p. 253.

⁹¹ The mutual trust is indeed presumed and cannot be taken for granted neither among the EU Member States: K. LENAERTS, “La vie après l’avis: exploring the principle of mutual (yet not blind) trust”, *Common Market Law Review*, vol. 54, no. 3, 2017, p. 805.

51. A similar modern approach is followed by the Convention on the recognition of registered partnerships, signed at Munich on 5 September 2007. Here, it is possible to detect a mutual recognition principle in favour of registered partnerships. The open-oriented approach of the 1978 Convention has not disappeared, but seems still not particularly successful even for a new family status.

52. After all, neither the EU has been able to codify the mutual recognition of status in its recent Regulation 2016/1191, devoted to the circulation of public documents⁹².

53. In the method of mutual recognition, the conflict rule of the receiving State of the legal situation does not apply. Furthermore, for the requested State the law applied to the creation of the status is totally irrelevant, provided that the status is valid for the Country of origin, according to its private international law. This was strongly pointed out by the resolution of the *Institut de Droit International* in Cairo 1987⁹³. This is the true distinctive mark of the mutual recognition method⁹⁴: the conflict rule of the State of destination of the marriage is completely neutralized⁹⁵.

54. It must be emphasized that the traditional conflict rule technique survives within the mutual recognition perspective. It is a '*question irréductible*'⁹⁶. Indeed, when the marriage is celebrated, it is necessary to apply, in any case, one or several State laws. These are determined in accordance with the conflict rules of the State of origin of the marriage. At that point, the private international law system of the State of origin works in a fully Savignyan way. In fact, these conflict rules lead to the application of the laws with which the formation of the marriage has the closest connection⁹⁷. Therefore, the mutual recognition method coexists with the traditional "conflict of laws" perspective. Mutual recognition embeds a conflict rule, as it has been emphasized⁹⁸. However, this conflict rule is applied to guarantee the validity of the marriage in the State of origin, and not to decide on the validity of the marriage in the State of destination.

VII. The Advantages of the Mutual Recognition Perspective

55. Mutual recognition ensures that the legal regime of situations created in a State is the same in other States. Besides, it saves costs for the international life of individuals. It is not necessary to apply a specific national law in State B, to a legal situation created in State A: it suffices to prove that the legal situation meets the requirements for recognition in the competent State. This perspective promotes the free movement of legal situations validly created abroad. This is also consonant with the legitimate expectations of individuals regarding the validity of the situation already established in one country by authorities of that State. It increases legal certainty, since situations and status have a validity that exceeds the borders of the State of creation⁹⁹: a family formed in a State does not cease to be a family when it moves and crosses the border¹⁰⁰. This method fits perfectly with the freedom of movement as a

⁹² Regulation (EU) 2016/1191 of the European Parliament and of the Council of 6 July 2016 on promoting the free movement of citizens by simplifying the requirements for presenting certain public documents in the European Union and amending Regulation (EU) No 1024/2012, *OJ L* 200, 26 July 2016, p. 1.

⁹³ Institut de Droit International, Session du Caire – 1987, Quinzième Commission. La dualité des principes de nationalité et de domicile en droit international privé (available at: https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1987_caire_01_fr.pdf).

⁹⁴ G. GOLDSTEIN/H. MUIR WATT, *op. cit.*, p. 1085.

⁹⁵ O. CACHARD, *Droit international privé*, Larcier, Bruxelles, 2018, p. 145.

⁹⁶ P. LAGARDE, "Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification: quelques conjectures", *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 68, no. 2, 2004, p. 227.

⁹⁷ M.-P. WELLER, "Anknüpfungsprinzipien im Europäischen Kollisionsrecht: Abschied von der „klassischen“ IPR-Dogmatik?", *IPRax*, vol. 31, no. 5, 2011, p. 429.

⁹⁸ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Principio de eficiencia y estatuto personal", in AA.VV., *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho. Homenaje al Profesor Doctor José Carlos Fernández Rozas*, 66 estudios, 2020, pp. 179-194.

⁹⁹ L.D. WARDLE, "International Marriage Recognition: A World Dilemma", in N. LOWE/G. DOUGLAS (eds.), *Families Across Frontiers*, Martinus Nijhoff, The Hague, Boston, London, 1996, p. 75.

¹⁰⁰ A. ADINOLFI, "Il diritto alla vita familiare nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea", *Rivista di diritto internazionale*, vol. 94, no. 1, 2011, p. 5.

subjective right in EU Law, as well as with the rights and freedoms guaranteed by the ECHR. Furthermore, the recognition of the status created abroad leaves the exclusive competence on family law to the States, thus not requiring any harmonization or unification, that risks being at least partly unsuccessful - as demonstrated by the establishment of the enhanced cooperation in cross-border family law matters¹⁰¹.

56. The recognition of marriages in other States is subject to certain limits. Firstly, the marriage must present actual connections with the State where it has been celebrated. Otherwise, the authorities of the State of origin will not be able to intervene. This also prevents “bad forum shopping”. Secondly, international public policy allows the rejection of the recognition of marriages celebrated abroad by public authorities if such recognition violates the basic and fundamental legal principles of the State of destination. Thus, in the field of the name of a natural person, the CJEU admitted the refusal of recognition in Austria of a name that contained some particles that are “signs of nobility” even though the part of the name had been legally imposed in Germany. The reason was that such recognition would have violated Austrian public policy¹⁰². It is thus clear that private international law is not a perfect machine, limiting the uniformity of outcome on exceptional case, thus impairing EU freedom of movement¹⁰³.

VIII. The Middle Way: the CJEU’s *Coman* Judgment

57. The *Coman* judgment¹⁰⁴ - and the following *Panchearevo* case on parenthood¹⁰⁵ - might appear at first sight the final solution for the issue of the circulation of the status within the EU and a good compromise between the classic conflict of laws method and the mutual recognition. Nevertheless, the decisions as such are quite limited.

58. Focusing on the cross-border recognition of marriage, the *Coman* judgment does not tackle the validity of the status acquired abroad, thus leaving to Member States the regulation of the requisites of the marriage, on the side of the State of origin, and of the conditions for its recognition, on the side of the State of destination. Furthermore, the CJEU does not reason on the whole range of personal and patrimonial effects of the marriage, to establish that these must be granted in the State of destination, too. In fact, the preliminary question refers only to the residence permit, which is a tool to grant only one of the side-effects of the marriage, the cohabitation. The CJEU correctly limited itself to giving the proper answer to the referred question¹⁰⁶.

59. The CJEU does not even apply any of the methods traditionally considered suitable for the recognition, or for the acceptance, or for the circulation of the personal status, described above. The grounds of the judgment rest on the restrictive interpretation of the limits to free movement, to be read in conjunction with human rights, such as the right to family life.

¹⁰¹ L. PAILLER/A. PANET-MARRE, “Européanisation du droit de la famille: pour un changement de méthode”, in *La famille dans l’ordre juridique*, cit., p. 423. See also other perspectives in A. DURÁN AYAGO, *Derechos humanos y método de reconocimiento de situaciones jurídicas: hacia la libre circulación de personas y familias. Perspectiva internacional y europea*, Aranzadi, Madrid, 2023.

¹⁰² CJEU 22 December 2010, *Wittgenstein*, C-208/09.

¹⁰³ Anyway public policy is always an exception in the normal operation of the conflict-of-laws rule which intervenes only when the “community of nations” (in Savigny’s words) breaks... therefore in normal conditions, public policy should not be activated... From a Kant’s perspective (which was followed by Savigny) public policy can not be as universal as the conflict rule. Nevertheless, the complete elimination of public policy is not possible at present. The fact that the EU is formed by different jurisdictions prevents such approach (H.J. SONNENBERGER, “Grenzen der Verweisung durch europäisches internationales Privatrecht”, *IPRax*, vol. 31, no. 4, 2011, p. 529).

¹⁰⁴ CJEU 5 June 2018, *Coman*, C-673/16.

¹⁰⁵ CJEU 4 December 2021, *Stolichna obshtina, rayon «Panchearevo»*, C-490/20.

¹⁰⁶ M. GRASSI, “Sul riconoscimento dei matrimoni contratti all’estero tra persone dello stesso sesso: il caso *Coman*”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, vol. 55, no. 5, 2019, p. 739.

60. This reasoning allows the couple to enjoy the marriage living together, without fearing expulsions or criminal sanctions against the non-EU spouse. From the factual point of view, i.e. the concrete benefit in the daily life, this is a great result. However, the judgment leaves open some questions – as it had to, since these did not form part of the request for the preliminary ruling – on its impact on the application of the EU regulations on judicial cooperation and on national private international law. The main issue is whether same sex spouses shall be considered as engaged in a marriage, falling within the scope of application of the EU regulations, which are drafted as gender neutral. If the answer is negative, a new characterization issue arises, since the national private international law does most probably not regulate this institution, it being unknown in its civil law. The new characterization of the marriage as a partnership is a solution currently expressed in Italy¹⁰⁷, and some State practice(d) this characterization¹⁰⁸. In the patrimonial regimes, that would lead to the application of Regulation 2016/1104, instead of Regulation 2016/1103, in those EU participating Member States that do not admit and/or recognize same sex marriages. Thus, the *Coman Hamilton* situation challenges the applicability of EU regulations, too, thus potentially impairing the uniform application of EU Law even in those limited States taking part in the enhanced cooperation, and defying the harmonious characterization of national private international law.

61. Furthermore, the lack of assimilation with heterosexual spouses risks undermining other fundamental rights, such as the right to private property (for example in case of dispute under the matrimonial regime, even with third parties), or to private life (in case of dissolution of the marriage). In that perspective, one can wonder whether the judgments have potentially extensive effects, insisting on the fundamental rights that risk being jeopardized if the couple was not treated in the same way as opposite-sex spouses¹⁰⁹.

62. Firstly, the *Coman* judgment appears to be sound, if, instead of the repeated words ‘for the sole purpose of granting a derived right of residence’, we put “for the sole purpose of granting a pension”, or succession rights, or maintenance, etc. In all these cases, other human rights are thereby protected (as, indeed, for example, private property or private life). Secondly, the ruling can be interpreted extensively into another direction, pursuant to the principle of non-discrimination, so that the citizenship of the parties does not play any role in the recognition of the marriage. Therefore, EU free movement law, initially a privilege for the EU citizens¹¹⁰, is beneficial to non-EU citizen, too. Moreover, the need to protect family life pursuant to Article 8 of the ECHR – mentioned in the judgment – and to preserve the effectiveness of directive 2003/86 can push to the acceptance of some – limited – effects to all same sex marriages celebrated abroad, even between non-EU citizens, whether only one spouse legally resides in an EU Member State.

63. The CJEU approach in this case appeared innovative, in order to balance the exclusive competence of Member States in family law and the right to free movement of the couple concerned. Nevertheless, some national jurisdictions had already concluded in the same sense for very similar cases. The

¹⁰⁷ Art. 32-bis, I c. l. 218/95 establishes the downgrade only for marriages celebrated abroad by Italian citizens. As for marriages celebrated abroad by foreigners, Italian scholars are divided, stressing, from one side, that the same sex marriages cannot be recognized as such and shall be in any case downgraded (G. MALGIERI, “L’unione civile alla prova del diritto internazionale privato: all’ombra di una delega legislativa», Schulthess, *GenIUS*, vol. 3, no. 2, 2016, p. 86); from the other, the possible full recognition of a status validly created abroad (C. CAMPIGLIO, “Legge di diritto internazionale privato e regolamenti europei: tecniche di integrazione”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, vol. 56, no. 2, 2018, p. 292; I. VIARENGO, “Effetti patrimoniali delle unioni civili transfrontaliere: la nuova disciplina europea”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, vol. 56, no. 1, 2018, p. 39).

¹⁰⁸ As, for example, Austria, Germany and Switzerland. The solution has been naturally abandoned, once same sex marriages had been introduced into the national legislation.

¹⁰⁹ M. GRASSI, *op. cit.*, p. 739.

¹¹⁰ M. ROUY, “La citoyenneté européenne, étude d’une source paradoxale du droit européen de la famille”, in *La famille dans l’ordre juridique*, cit., p. 307.

Tribunal administratif du Grand-Duché de Luxembourg¹¹¹ recognized a residence permit to a non-EU citizen married to a same sex Belgian citizen where the marriage was celebrated in Belgium. The Tribunale di Reggio Emilia¹¹² and the Tribunale di Pescara (Italy)¹¹³ reached the same conclusions with regard to respectively a Spanish and a Portuguese same sex marriage. The solution is known outside the EU, too¹¹⁴. It does not infer the recognition of the status, nor an evaluation of its validity: it simply allows the spouses to benefit from some of the rights dependent on the marriage.

64. Thus, the CJEU's solution is far from innovative. Its ground-breaking part does not lay on the establishment of methods of circulation of the status, nor on the definition of a broader notion of marriage, but on the interpretation of the right to family reunification. Moreover, this “partial recognition” solves only a small part of the problems related to the cross-border circulation of the family. It is a sort of “mutual recognition at the lowest level”. Therefore, this cannot be the final solution for the treatment of foreign marriages, since the legal treatment of mutual duties, rights and obligations between spouses is far from clear. This solution can be maintained provided that it is only a step towards a more open-oriented approach to foreign status and to the protection of couples' human rights.

IX. Some Tentative Conclusions Towards the Future: the Civil and Social Constitution of the EU and the Free Movement of Marriages

65. The interconnections among private international law, family law and human rights lead us to some further considerations regarding the foundations of EU legal system.

66. It has always been said, -and thus it is generally admitted by specialized academic literature-, that the constitution of a country is made up of certain rules and institutions of public law. This is a political concept of “constitution”. In this sense, the EU lacks, as it is known, a “formal Constitution”, although the institutional aspects of its government and the rights of its citizens *vis-à-vis* the EU are well included in the Treaties. It is also true that attempts to produce a “Treaty establishing a Constitution for Europe” failed miserably years ago¹¹⁵, and that the newly reform process just started does not seem to touch upon the formal hierarchy of the law¹¹⁶. In this classic and political context, it is clear that EU Law, with particular regard to the civil judicial cooperation in family matters, must, in the first place, respect the provisions of primary EU Law but also the international or regional conventions on human rights, and the constitutional principles of the Member States that reflect human rights¹¹⁷.

67. Nevertheless, one can also speak of “Constitution” in a civil and social sense. In this perspective, a Constitution is composed of the supreme legal rules that guarantee and allow the correct and ordered functioning of the civil society, of the relationships between individuals, such as those incurring within a family. Some prestigious legal scholars have stressed that the French civil code of 1804 opera-

¹¹¹ Tribunal administratif du Grand-Duché de Luxembourg, 3 October 2005, https://www.stradalex.lu/fr/slu_src_publ_jur_lux/document/t_adm_lu_19509.

¹¹² Tribunale di Reggio Emilia, 1st Civil Section, decree 13 February 2012, <http://www.articolo29.it/decisioni/tribunale-di-reggio-emilia-prima-sezione-civile-decreto-del-13-febbraio-2012/>.

¹¹³ Tribunale di Pescara, ord. 15 January 2013, <http://www.articolo29.it/decisioni/tribunale-di-pescara-ordinanza-del-15-gennaio-2013/>.

¹¹⁴ The Israeli experience seems quite interesting under this perspective: Y. MERIN, “Anglo-American Choice of Law and the Recognition of Foreign Same-sex Marriages in Israel – on religious Norms and Secular Reforms”, *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 36, no. 2, 2011, p. 509.

¹¹⁵ P. LALIVE, *op. cit.*, p. 31.

¹¹⁶ European Parliament Resolution of 22 November 2023 on proposals of the European Parliament for the amendment of the Treaties (2022/2051(INL)).

¹¹⁷ D. DÜSTERHAUS, “Wie konstitutionalisiert der EuGH das internationale Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union?: Tendenzen und Konsequenzen”, in S.L. GÖSSL (Hrgs.), *Politik und internationales Privatrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2017, p. 61; D. DÜSTERHAUS, “Konstitutionalisiert der EuGH das internationale Verfahrensrecht der EU?”, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, vol. 26, no. 1, 2018, p. 10.

tes as the true ‘civil Constitution of France’¹¹⁸. Accordingly, the French Civil Code covers the fundamental legal rules that allow the harmonious functioning of French civil society. In this scenario, it can also be said that EU private international law operates as the real civil and social Constitution of the EU¹¹⁹. Indeed, these are the rules that allow EU citizens to move freely without legal obstacles within the EU, actualizing one of the EU system fundamental rights.

68. The true freedom of movement within the EU only came about when two further steps were made: the consideration of the social and family ties of the individual and the enactment of EU regulations of private international law. Thus, the fundamental legal structure of EU civil society is formed by the three prongs: freedom of movement, family reunification and EU regulations of private international law. These pillars combined together are the true civil Constitution of the EU. Without this legal structure, there would be no free movement in the EU.

69. The creation of an area of Freedom, Security and Justice overcomes the classic negative integration through positive measures that facilitates the exercise of the free movement. The key role is attributed to the EU private international law regulations. The freedom of movement alone is not enough for the internal market to function properly. It has been necessary that EU private international law regulations complete such freedoms and establish EU rules on international jurisdiction, applicable law and extraterritorial validity of public decisions. With these private international law rules, EU citizens can, indeed, circulate with legal certainty within the EU. They can identify, *ex ante*, the competent courts to hear disputes arising from cross-border private law situations; they have the certainty of knowing what law is applicable to such situations irrespective of the competent court; and, finally, they have a set of rules guaranteeing the free circulation of judicial decisions within the EU.

70. The constitutional relevance of private international law on family matters can be derived from several elements. First, since 1968, the year in which the Brussels Convention was drawn up, EU private international law provides an element of its stability. Secondly, it provides the EU with an identity because it reflects its central idea: free movement. EU private international law regulations operate as the most powerful hallmark of the EU as a political and legal entity. These regulations are the most complete expression of the legal spirit of the EU. They are one of the strongest legal symbols in the EU. Thirdly, EU private international law works as a federative element of the EU. It is a set of rules that unite the different peoples within Member States integrated into the EU, be it by the citizenship, or by the habitual residence in the territory of a Member State. This allows a strengthened social integration among people, living and working in the EU, without losing the connection to their mother country. Fourthly, free movement of public documents regarding cross-border private law issues operates as an element connecting Member States based on mutual trust. The EU becomes more solid with the “mutual recognition method” covered by many private international law regulations and, above all, created by the CJEU case law¹²⁰. Fifthly, the EU private international law regulations enhance the recognition of legal situations, and establish with legal certainty the competent courts and the law applicable to cross-border private law situations.

71. At present, the EU private international law regulations and the CJEU case law based on the principle of mutual recognition do not cover all areas of private law. No legacy is as rich as honesty: one must admit that EU private international law is not a complete legal system, neither a perfect world.

¹¹⁸ J. CARBONNIER, “Le Code civil”, in P. NORA (Coord.), *Les lieux de mémoire*, Gallimard, Paris, 1986, p. 309; R. CABRILLAC, “Le Code Civil est-il la véritable Constitution de la France?”, *Revue Juridique Thémis*, vol. 39, n. 2, 2005, p. 245; L. FAVOREU, “La constitutionnalisation du droit”, in J.B. AUBY (Coord.) *L’Unité du droit: Mélanges en hommage à Roland Drago*, Économica, Paris, 1996, p.25.

¹¹⁹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, „El Derecho Internacional Privado Europeo: La auténtica Constitución Civil de la Unión Europea“, *Actualidad Civil*, septiembre 2022, n. 9, Ed. La Ley, pp. 1-34.

¹²⁰ J. MEEUSEN, “Comparing Interstate and European Conflict of Laws from a Constitutional Perspective: Can the United States Inspire the European Union?”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 67, no. 3, 2019, p. 637.

Much work is yet to be done. Specifically, in relation to marriages, there is no doubt that in order to enhance integration, it is necessary to promote a set of uniform legal standards to establish the international jurisdiction for the celebration of marriage, the law applicable to the formation of marriage, and the recognition of marriages validly celebrated in the Member States within the EU. With these legal standards, legal certainty would amount to a common standard for all the individuals and integration would also be greatly enhanced. Consequently, with these legal basis provided by modern European private international law, the world will be our oyster¹²¹.

¹²¹ P. ELEFThERiADiS, “The moral distinctiveness of the European Union”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 9, no. 3-4, 2011, p. 695.

Declaraciones ambientales, competencia desleal y patrones en la jurisprudencia comparada: A propósito del blanqueo ecológico o *greenwashing**

Environmental claims, unfair competition and patterns in comparative jurisprudence: On the *greenwashing* practices

ANA MIRANDA ANGUITA

*Contratada Predoctoral FPU adscrita al área de Derecho mercantil
Universidad de Córdoba*

Recibido: 04.12.2023 / Aceptado: 11.01.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8430

Resumen: La creciente preocupación por los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) ha adquirido una importancia significativa en los últimos años. Esto explica el incremento que han experimentado las declaraciones ambientales de las empresas en el mercado. En este contexto se desarrollan las prácticas de blanqueo ecológico o *greenwashing* sobre las que versa este trabajo. En él se responde afirmativamente a la cuestión de si la normativa vigente sobre competencia desleal contiene instrumentos adecuados para combatir este tipo de conductas. Además, se examinan las nuevas normas armonizadas que propone aprobar la Unión Europea en este ámbito. Por último, se presta atención a la jurisprudencia comparada, extrayendo algunas conclusiones de interés acerca del modo en que las diferentes jurisdicciones vienen abordando esta problemática.

Palabras clave: Blanqueo ecológico, competencia desleal, prácticas engañosas, violación de normas, iniciativas regulatorias en la Unión Europea, jurisprudencia comparada.

Abstract: The growing concern for the preservation of the the Sustainable Development Goals (SDGs) has acquired significant importance in recent years. This explains the increase in the number of environmental claims made by companies in the market. In this context, *greenwashing* practices, which are the subject of this paper, have developed. This work answers affirmatively to the question of whether the current legislation on unfair competition contains adequate instruments to combat this type of conduct. In addition, the new harmonizing standards that the European Union is proposing to adopt in this area are examined. Finally, attention is paid to comparative case law on this issue, drawing

Este trabajo se inserta dentro de dos proyectos de investigación: 1º) el Proyecto nacional (financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación) denominado “Modernización y mejora de la protección jurídica de los consumidores en un mercado de creciente digitalización” (referencia: PID2020-117872RB-100) del que son Investigadores Principales los Profesores D. LUIS MARÍA MIRANDA SERRANO y D. JAVIER PAGADOR LÓPEZ; y 2) el Proyecto UCOLIDERA del Plan Propio de Investigación de la Universidad de Córdoba (UCO) denominado “La protección del consumidor ante los retos de la digitalización: aspectos contractuales y concurrenciales”, del que es Investigador Principal el Profesor D. ANTONIO CASADO NAVARRO. La autora desea expresar su sincero agradecimiento al Profesor D. DAVID RAMOS MUÑOZ de la Universidad Carlos III de Madrid por su generosidad y amabilidad al revisar detenidamente este trabajo y por sus valiosas observaciones. También desea agradecer a los Profesores del área de Derecho Mercantil de la Universidad de Córdoba el haber organizado un Seminario sobre esta materia el 23 de julio de 2023, en el cual tuvo el honor de intervenir como Ponente, recibiendo apreciaciones que, sin duda, enriquecieron este trabajo.

some interesting conclusions about the way in which different jurisdictions have been dealing with this interesting problem.

Keywords: Greenwashing, unfair competition, misleading practices, violation of rules, regulatory initiatives in the European Union, comparative jurisprudence.

Sumario: I. La preocupación por el medio ambiente y el desarrollo sostenible como contexto en el que surgen y se desarrollan las prácticas de blanqueo ecológico o *greenwashing*. II. Las conductas de blanqueo ecológico o *greenwashing*: delimitación conceptual y relevancia práctica en el tráfico mercantil contemporáneo. 1. Delimitación conceptual. 2. Relevancia práctica. III.- Las prácticas de blanqueo ecológico o *greenwashing* ante el Derecho de la competencia desleal. 1. Planteamiento y propósito. 2. Perspectiva de *lege lata*: normas vigentes sobre competencia desleal susceptibles de hacer frente a las prácticas de blanqueo ecológico o *greenwashing*. A) Consideraciones preliminares. B) La especial utilidad de las normas reguladoras de las prácticas engañosas. a) Introducción. b) Normas sobre prácticas engañosas por acción. c) Normas sobre prácticas engañosas por omisión. c) Normas sobre prácticas engañosas *per se* o en cualquier circunstancia. C) La utilidad de la cláusula especial de violación de normas para los incumplimientos de los deberes de información sobre sostenibilidad impuestos legalmente. 3. Perspectiva de *lege ferenda*: iniciativas regulatorias sobre la deslealtad del blanqueo ecológico o *greenwashing* en el ámbito de la Unión Europea. A) Consideraciones preliminares. B) La Propuesta de Directiva sobre transición ecológica. a) Introducción. b) Medidas concretas que se proponen. C) La Propuesta de Directiva sobre alegaciones ecológicas. D) Valoración general de estas iniciativas regulatorias. IV. Patrones de la jurisprudencia comparada en materia de blanqueo ecológico o *greenwashing*. V. Consideraciones finales.

I. La preocupación por el medio ambiente y el desarrollo sostenible como contexto en el que surgen y se desarrollan las prácticas de blanqueo ecológico o *greenwashing*

1. La preocupación a nivel político y social por el cambio climático y el medio ambiente comenzó en la década de los años setenta del siglo pasado¹. No obstante, desde entonces ha experimentado ciertos cambios de enfoque y un innegable y significativo aumento que la han convertido en una de las principales inquietudes de la sociedad contemporánea. Sin duda, un hito en este ámbito lo constituye el conocido como Informe Brundtland², denominado “Nuestro futuro en común” y aprobado en 1987 por la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo a iniciativa de varios países pertenecientes a la Organización de las Naciones Unidas (ONU)³. La Comisión encargada de su redacción estuvo encabezada por GRO HARLEM BRUNDTLAND, quien precisamente confiere a este documento el nombre con el que comúnmente se le conoce. Fue especialmente a partir de la aprobación de este informe cuando empezó a hablarse de *sostenibilidad medioambiental* y comenzó a ganar fortaleza el *objetivo del desarrollo sostenible*, concebido como aquel que permite “satisfacer nuestras necesidades actuales sin com-

¹ El movimiento medioambiental moderno se considera que tuvo sus orígenes en la Conferencia Científica de las Naciones Unidas, también conocida como la Primera Cumbre para la Tierra, celebrada en Estocolmo (Suecia) del 5 al 16 de junio de 1972. Con anterioridad a este evento, los esfuerzos políticos estaban concentrados principalmente en la gestión de los recursos desde la perspectiva del desarrollo económico y social, aunque obviando su conservación y las posibles implicaciones socioeconómicas a largo plazo. Para un mayor desarrollo puede verse *De Estocolmo a Kyoto: Breve historia del cambio climático*, disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://www.un.org/es/chronicle/article/de-estocolmo-kyotobreve-historia-del-cambio-climatico>. Fecha de última consulta: 30 noviembre 2023.

² El texto de este Informe está disponible y puede consultarse [en línea] en la siguiente dirección electrónica: https://www.ecominga.uqam.ca/pdf/bibliographie/guide_lecture_1/cmmad-Informe-Comision-Brundtland-sobre-Medio-Ambiente-Desarrollo.pdf. Fecha de última consulta: 30 noviembre 2023.

³ Esta Comisión se constituyó como resultado de la decisión adoptada mediante la Resolución 38/161 de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 19 de diciembre de 1983 (*A/RES38/161*), que acordó la creación de una comisión especial con el propósito de elaborar y presentar un informe la problemática ambiental global hasta el año 2000 y más adelante. Esta comisión también tenía como tarea desarrollar proyectos de estrategias orientadas a lograr un desarrollo sostenible a largo plazo, con vistas a ser utilizado como material básico en la preparación de la perspectiva ambiental de las Naciones Unidas.

prometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer las suyas”, lo que implica, ante todo, la toma de decisiones desde una perspectiva de equidad actual e intergeneracional⁴.

2. La influencia de este documento en la materia que nos interesa resulta de suma relevancia. Tras su aprobación y publicación, se originaron importantes encuentros de carácter global relacionados con el medio ambiente. En particular, cabe destacar la Cumbre de la Tierra en Río (1992), que posibilitó la constitución de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC), también conocida como “Convención de Río”, que actualmente cuenta con una membresía casi universal⁵. Por otra parte, las diversas reuniones celebradas en el marco de la CMNUCC culminaron con la firma del Protocolo de Kyoto (1997), que constituye la acción más influyente hasta la fecha en materia de lucha contra el cambio climático⁶. Además, el Informe Brundtland permitió sentar los principios de sostenibilidad que actualmente guían la actuación de los principales organismos internacionales. De hecho, los denominados *Objetivos de Desarrollo Sostenible* (ODS), establecidos en la Agenda 2030 (aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en septiembre de 2015)⁷, encuentran su fundamento en el referido informe. Y lo mismo se puede afirmar de las numerosas iniciativas llevadas a cabo por la Unión Europea en este ámbito, entre las que destacan, por ejemplo: *i*) la estrategia de 2001 en favor del desarrollo sostenible en Europa, que fue sometida a revisión en 2005 y 2009⁸; *ii*) la incorpora-

⁴ J.M. NAREDO, “Sobre el origen, el uso y el contenido del término ‘sostenible’”, en *Cuadernos de investigación urbanística*, núm. 41, 2004 (Ejemplar dedicado a: Textos sobre sostenibilidad I), pp. 7 y ss. Disponible en *open access* en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1333758>. Fecha de última consulta: 30 noviembre 2023. El concepto “desarrollo sostenible”, no exento de cierta ambivalencia y ambigüedad, germina de las manifestaciones de G.H. BRUNDTLAND en el Prefacio del citado Informe. En él se destaca que el medio ambiente y el desarrollo están intrínsecamente relacionados y se pone énfasis en la idea de que el medio ambiente no puede considerarse separado de las acciones y las necesidades humanas, y que el desarrollo es un proceso que todos emprendemos para mejorar nuestras vidas en el entorno en el que vivimos. Esta perspectiva integrada de medio ambiente y desarrollo constituye la base del concepto de desarrollo sostenible [“(e)l medio ambiente no existe como esfera separada de las acciones humanas, las ambiciones y demás necesidades (...). La palabra ‘desarrollo’ también ha sido reducida por algunos a una expresión muy limitada, algo así como lo que ‘las naciones pobres deberían hacer para convertirse en más ricas’, lo cual ha dado lugar a que el tema fuera automáticamente descartado por muchas personas en los foros internacionales, considerándolo que concierne a los especialistas, a aquellos que se ocupan de cuestiones relacionadas con la ‘asistencia al desarrollo’. Pero el ‘medio ambiente’ es donde vivimos todos, y el ‘desarrollo’ es lo que todos hacemos al tratar de mejorar nuestra suerte en el entorno en que vivimos. Ambas cosas son inseparables. Además, las cuestiones de desarrollo han de ser consideradas como decisivas por los dirigentes políticos que perciben que sus países han alcanzado un nivel hacia el cual otras naciones han de tender. Muchos de los caminos de desarrollo que siguen las naciones industrializadas son verdaderamente impracticables. Y las decisiones en materia de desarrollo que toman estas naciones, debido a su gran potencia económica y política, tendrán una repercusión profunda sobre la capacidad de todos los pueblos de mantener el progreso humano para las generaciones venideras”]. Sin embargo, esta construcción conceptual no está exenta de críticas y ambigüedades. Algunos autores, como NORGAARD, argumentan que el objetivo de la sostenibilidad se revela incompatible con el desarrollo de un sistema económico cuya globalización origina a la vez la homogeneización cultural y la destrucción ambiental (R.B. NORGAARD, “Globalization and unsustainability”, *International Conference on Technology, Sustainable Development and Imbalance*). Por su parte, otros autores, como DALY, han matizado el concepto al proponer que el “desarrollo sostenible” implica un desarrollo sin necesidad de crecimiento económico constante, lo cual difiere de la acepción común de “desarrollo”, que se presenta estrechamente vinculada al crecimiento (H.E. DALY, “Toward some operational principles of sustainable development”, *Ecological Economics*, vol. 2, núm. 1, 1990, pp. 1-6).

⁵ Más información en *Qué es la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático*, disponible [en línea] en <https://unfccc.int/es/process-and-meetings/que-es-la-convencion-marco-de-las-naciones-unidas-sobre-el-cambio-climatico>. Fecha de última consulta: 30 noviembre 2023.

⁶ *V. De Estocolmo a Kyoto...*, cit., y *¿Qué es el Protocolo de Kyoto?*, disponible en la dirección electrónica: https://unfccc.int/es/kyoto_protocol. También en esta misma dirección web se puede encontrar el texto de este Protocolo. Fecha de última consulta: 30 noviembre 2023.

⁷ *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible* es el documento final de la Cumbre de las Naciones Unidas en 2015 y fue aprobado por la Resolución de la Asamblea General de 25 de septiembre de 2015 (A/RES/70/1). Este documento constituye el “marco mundial de desarrollo sostenible” y establece, concretamente, una serie de objetivos y metas (ODS) destinados a guiar el desarrollo global venidero, con un plazo de realización hasta el año 2030. Se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: https://unctad.org/system/files/official-document/ares70d1_es.pdf. Fecha de última consulta: 30 noviembre 2023. En lo que aquí resulta de interés, entre estos objetivos destacan los números 12 y 13, relativos a la producción y consumo responsable, y a la acción contra el cambio climático, que se encuentran intrínsecamente relacionados.

⁸ Comunicación de la Comisión de 15 de mayo de 2001 «Desarrollo sostenible en Europa para un mundo mejor: Estrategia de la Unión Europea para un desarrollo sostenible (Propuesta de la Comisión ante el Consejo Europeo de Gotembur-

ción del desarrollo sostenible como uno de los objetivos a largo plazo de la Unión Europea [artículo 3.3 del Tratado de la Unión Europea (TUE)]⁹; *iii*) la Estrategia Europea de Adaptación al Cambio Climático de 2013¹⁰; *iv*) el Pacto Verde Europeo¹¹; y, finalmente, *v*) la Estrategia Europa 2020¹².

3. De los documentos que acabamos de mencionar, el Pacto Verde Europeo constituye la estrategia emblemática de la Comisión Europea con el propósito de hacer de Europa el primer continente climáticamente neutro para el año 2050. Para lograr este objetivo, se establecen medidas dirigidas a abordar los desafíos medioambientales, como la transición hacia una economía circular, la preservación de la biodiversidad y la reducción de la contaminación. Junto con ello, este texto incluye entre sus objetivos principales la promoción de prácticas empresariales sostenibles en toda la Unión Europea. No obstante, este último aspecto es expresa y específicamente desarrollado por la Estrategia Europa 2020, que proporciona un marco para fomentar la sostenibilidad en el sector empresarial, incluyendo la promoción de cadenas de suministro sostenibles y la implementación de la economía circular¹³.

4. Es innegable que las autoridades públicas tienen la responsabilidad primordial de establecer a largo plazo un marco amplio para la consecución de los ODS. Pero dicha responsabilidad no se ciñe solamente a la actuación pública. Tanto las empresas como los ciudadanos (en lo que aquí nos concierne, en su faceta de consumidores y usuarios con poder de decisión de mercado) tienen la tarea de adoptar los cambios de producción y consumo necesarios para hacer factibles los objetivos referidos.

5. La mera relación de acciones emprendidas en este ámbito por la ONU y la Unión Europea (UE) pone de relieve que la sostenibilidad constituye un asunto de extraordinaria importancia en la so-

go)» [COM(2001) 264 final – no publicada en el Diario Oficial], disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/ALL/?uri=CELEX%3A52001DC0264>. Fecha de última consulta: 30 noviembre 2023. Las referidas revisiones tuvieron lugar, correlativamente, a través de los siguientes documentos: *i*) Comunicación de la Comisión de 13 de diciembre de 2005 relativa a la revisión de la Estrategia para un desarrollo sostenible – Plataforma de acción [COM(2005) 658 final – no publicada en el Diario Oficial], disponible para consulta en la siguiente dirección electrónica: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0658:FIN:ES:PDF>. Fecha de última consulta: 30 noviembre 2023; *ii*) Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones – Incorporación del desarrollo sostenible en las políticas de la UE: Informe de 2009 sobre la estrategia de la Unión Europea para el desarrollo sostenible [COM(2009) 0400 final], disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009DC0400>. Fecha de última consulta: 30 noviembre 2023.

⁹ Como lo dispone el artículo 3.3 del Tratado de la Unión Europea (TUE), según el cual la Unión Europea “obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios” (versión consolidada del TUE: DOUE 30 de marzo 2010, C 83/13). Disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00013-00046.pdf>. Fecha de última consulta: 30 noviembre 2023.

¹⁰ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Estrategia de adaptación al cambio climático de la UE, Bruselas, de 16 abril 2013, COM(2013) 216 final, disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013DC0216&from=ET>. Fecha de última consulta: 30 noviembre 2023.

¹¹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: El Pacto Verde Europeo, Bruselas, 11 diciembre 2019, COM(2019) 640 final, disponible [en línea] en la siguiente dirección electrónica: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52019DC0640>. Fecha de última consulta: 30 noviembre 2023. Véase también: *Un Pacto Verde Europeo. Esforzarnos por ser el primer continente climáticamente neutro*, disponible en la dirección electrónica: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/european-green-deal_es. Fecha de última consulta: 30 noviembre 2023.

¹² EUROPA 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador. COM(2010) 2020 final, en <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:2020:FIN:ES:PDF>. Fecha de última consulta: 30 noviembre 2023.

¹³ A. GARCÍA LUPIOLA, “La creciente relevancia del desarrollo sostenible en las estrategias globales de la Unión Europea”, *REDE: Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 82, 2022, pp. 77 y ss.; IDEM, “El Pacto Verde Europeo y las propuestas para su desarrollo. ¿Mayor ambición de la UE para alcanzar el desarrollo sostenible?”, *Revista de Estudios Europeos*, núm. 79, 2022 (Ejemplar dedicado a: III Congreso Internacional de Jóvenes Investigadores sobre la Unión), pp. 80 y ss.; IDEM, “El Pacto Verde Europeo. Adopción y puesta en marcha en un complejo contexto”, *Unión Europea Aranzadi*, núm. 2, 2023; D. FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, “El ambicioso Pacto Verde Europeo”, *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 101, 2020, pp. 1 y ss. También más información al respecto, entre otros, en D. SILVA, “The fight against greenwashing in the European Union”, *UNIO-EU Law Journal*, vol. 7, núm. 2, 2021, especialmente pp. 128 y ss., disponible en <https://revistas.uminho.pt/index.php/unio/article/view/4029>. Fecha de última consulta: 30 noviembre 2023.

ciudad actual. Ello explica que se haya plasmado como un objetivo específico a conseguir en textos jurídicos de distinta naturaleza, algunos de ellos dotados de rango constitucional, como el artículo 3 TUE o el artículo 45 de nuestra Constitución (CE)¹⁴. Las razones que explican la relevancia de esta materia son diversas y pueden concretarse en las siguientes: *i*) Por una parte, no puede obviarse la influencia de los estudios científicos sobre la materia, cuya amplia difusión a través de los medios de comunicación ha fomentado la concienciación ciudadana y ha propiciado que el cambio climático se haya convertido en una preocupación social primordial a nivel global, tal como se refleja en el *Informe Pew Research Center's Spring 2018 Global Attitudes Survey: Climate change still seen as the top global threat, but cyberattacks a rising concern*¹⁵. *ii*) Por otra parte, y en estrecha conexión con lo anterior, se encuentra el aumento de la responsabilidad intergeneracional, lo que se traduce en una mayor preocupación por la adopción de medidas ecológicas y medioambientales sostenibles que permitan garantizar a las futuras generaciones el poder disfrutar de un planeta habitable. *iii*) Por último, se constata un notable incremento del activismo ambiental en los últimos años, que ha captado la atención de un amplio sector de la sociedad en un mundo globalizado como el nuestro¹⁶.

6. En lo que aquí nos interesa, es claro que la preocupación medioambiental alcanza de lleno a las empresas en un doble sentido. Por un lado, el legislador comunitario les ha impuesto recientemente ciertos deberes de transparencia sobre sostenibilidad a través de la promulgación de diversos textos normativos. Entre ellos, destacan los dos siguientes: *i*) En primer lugar, la *Directiva 2014/95/UE sobre divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos*¹⁷, que obliga a divulgar información de contenido social, medioambiental y de gobierno corporativo (información no financiera) a las grandes empresas “que sean entidades de interés público que, en sus fechas de cierre del balance, superen el criterio de un número medio de empleados superior a 500 durante el ejercicio” (art. 1). En rigor, este deber posee una finalidad mixta, pues, por un lado, persigue facilitar la identificación de riesgos para la sostenibilidad, y, por otro, trata de aumentar la transparencia en el mercado y la confianza de los inversores y consumidores, ofreciéndoles un acceso sencillo a la información sobre las repercusiones de las empresas en la sociedad. *ii*) En segundo lugar, pero aplicable exclusivamente al sector financiero, se encuentra el *Reglamento (UE) 2019/2088 sobre la divulgación de información relativa a la sostenibilidad en el sector de los servicios financieros*, también conocido como Reglamento de Divulgación de Finanzas Sostenibles (*Sustainable Finance Disclosure Regulation -SFDR-*)¹⁸, modificado posteriormente

¹⁴ En concreto, el artículo 45 CE ha sido uno de los primeros preceptos constitucionales en el mundo que refleja la preocupación social por la tutela del medio ambiente: F. LÓPEZ RAMÓN, “El medio ambiente en la Constitución española”, disponible para consulta [en línea] en la siguientes dirección electrónica: https://www.mapa.gob.es/ministerio/pags/Biblioteca/Revistas/pdf_AM%2FPDF_AM_Ambienta_2015_113_84_91.pdf. Fecha de última consulta: 30 noviembre 2023.

¹⁵ Este Informe se basa en una encuesta realizada entre mayo y agosto de 2018 a 27.612 personas de 26 países. En él se pone de manifiesto que el cambio climático no solo mantiene la primera posición en el listado de preocupaciones de la ciudadanía, sino que aumenta su liderato en comparación con dos encuestas anteriores similares a la referida (*El cambio climático se consolida como la principal preocupación mundial*, disponible para consulta [en línea] en la siguiente dirección electrónica: <https://www.miteco.gob.es/es/ceneam/carpetas-informativa-del-ceneam/novedades/cambio-climatico-preocupacion-mundial.html>. Fecha de última consulta: 30 noviembre 2023. El texto completo del referido informe puede consultarse en: <https://www.pewresearch.org/global/2019/02/10/climate-change-still-seen-as-the-top-global-threat-but-cyberattacks-a-rising-concern/>. Fecha de última consulta: 30 noviembre 2023.

¹⁶ Un porcentaje bastante elevado de estas activistas son mujeres. En concreto, podemos citar a Jane Goodall, Greta Thunberg, Rachel Carson, Wangari Maathai, etc. (J.D. RICAURTE RICAURTE VALENZUELA, “Principales activistas ambientales en el mundo”, disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://storymaps.arcgis.com/stories/a4cc56a5c5bf407dae6c4804e0848bd0>. Fecha de última consulta: 30 noviembre 2023).

¹⁷ Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos: *DOUE* L 330 de 15 noviembre 2014, disponible [en línea] en <https://www.boe.es/doue/2014/330/L00001-00009.pdf>. Fecha de última consulta: 30 noviembre 2023.

¹⁸ Reglamento (UE) 2019/2088 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019, sobre la divulgación de información relativa a la sostenibilidad en el sector de los servicios financieros: *DOUE* L 317, de 9 diciembre 2019, disponible en <https://www.boe.es/doue/2019/317/L00001-00016.pdf>. Fecha de última consulta: 30 noviembre 2023.

por el *Reglamento 2020/852*, que establece un marco para facilitar las inversiones sostenibles¹⁹. Los destinatarios del SFDR son los participantes en los mercados financieros, lo que abarca, por un lado, tanto a las entidades que actúen en calidad de creadores de productos financieros como a aquellas que prestan servicios de gestión de carteras, y, por otro lado, a los asesores financieros, es decir, a las entidades prestadoras de servicios de asesoramiento de inversiones o seguros²⁰. En concreto, estos sujetos resultan obligados a informar, previamente a la contratación, acerca de la forma en que integran en sus procesos (de inversión o de asesoramiento) los riesgos de sostenibilidad, y de los resultados de la evaluación de las posibles repercusiones que estos riesgos pueden tener sobre la rentabilidad de los productos financieros que ofrecen o sobre los que asesoran²¹. De igual modo, habrán de informar sobre las principales incidencias adversas de las decisiones de inversión sobre los factores de sostenibilidad, tanto a nivel de entidad, como respecto del producto financiero en concreto²². En síntesis, cabría concluir que el principal objetivo del SFDR radica en garantizar que las instituciones financieras y sus asesores proporcionen información detallada acerca del impacto ambiental y social de sus productos y servicios, con vistas a brindar a los inversores la posibilidad de evaluar la sostenibilidad de sus inversiones y fomentar la inversión en actividades sostenibles.

7. Pero, además, las empresas también se ven afectadas por esta materia de otro modo diferente, al ser conscientes de que sus declaraciones ante el público consumidor sobre el cumplimiento de objetivos medioambientales y de sostenibilidad pueden resultarles beneficiosas por múltiples razones: *i*) Por un lado, porque con ello proyectan una imagen positiva de su marca, dado que la sostenibilidad y la protección del medio ambiente revisten cada vez más relevancia para los consumidores y usuarios. Esto puede traducirse en ventajas competitivas nada despreciables²³, como lo evidencia la tercera encuesta sobre el clima (2020-2021) realizada por el Banco Europeo de Inversiones²⁴. *ii*) Por otro lado, porque les permite diferenciarse frente a competidores que prestan una menor atención al problema ecológico y medioambiental, captando así la atención de consumidores y usuarios que demandan bienes y servicios sostenibles. En general, cabe afirmar que las declaraciones empresariales y la publicidad que resaltan características sostenibles de los productos y/o servicios pueden influir significativamente en la conducta de un considerable porcentaje de consumidores y usuarios, afectando, por tanto, a sus decisiones de compra. *iii*) Finalmente, porque les abre puertas en materia de financiación, aspecto crucial en muchas ocasiones para la viabilidad o incluso la supervivencia de las empresas, así como para llevar a cabo

¹⁹ Reglamento (UE) 2020/852 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2020, relativo al establecimiento de un marco para facilitar las inversiones sostenibles y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2019/2088: *DOUE* L 198 de 22 junio 2020, disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://www.boe.es/doue/2020/198/L00013-00043.pdf>. Fecha de última consulta: 30 noviembre 2023.

²⁰ Ambos conceptos (“participante en los mercados financieros” y “asesor financiero”) aparecen definidos específicamente por el artículo 1 SFDR (apdos. 1 y 11).

²¹ Es decir, que ya no solo deben informar sobre los riesgos financieros, sino que también lo han de hacer sobre los riesgos de sostenibilidad que pudieran tener un efecto material negativo (real o posible) en la rentabilidad de la inversión. Por riesgo de sostenibilidad se entiende todo acontecimiento o estado medioambiental, social o de gobernanza que, de ocurrir, pudiera surtir un efecto material negativo real o posible sobre el valor de la inversión (art. 2 apdo. 22 SFDR).

²² Esto se explica porque se parte de una premisa consistente en entender que “las decisiones de y el asesoramiento en materia de inversión pueden tener efectos negativos, materiales o posiblemente materiales, sobre factores de sostenibilidad, contribuir a ellos o estar directamente vinculados a ellos” (Considerando 16 SFDR).

²³ I.P. GESTAL, “Tres incógnitas y un cambio en la nueva directiva contra el “*greenwashing*” de la UE”, disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://www.modaes.com/back-stage/tres-incognitas-y-un-cambio-en-la-nueva-directiva-contral-greenwashing-de-la-ue>. Fecha de última consulta: 30 noviembre 2023.

²⁴ En concreto, sus resultados constatan, por una parte, que los ciudadanos de la Unión Europea muestran un notable grado de compromiso en la consecución de los mencionados Objetivos de Desarrollo Sostenible. Por otra parte, también se desprende de manera general de esta encuesta que están dispuestos a pagar un mayor precio por aquellos productos y/o servicios que conlleven mayores beneficios medioambientales o sociales: EUROPEAN INVESTMENT BANK, *The EIB Climate Survey: The climate crisis in a COVID-19 world: calls for a green recovery*, Third edition, 2020-2021, disponible en la siguiente dirección electrónica: https://www.eib.org/attachments/thematic/the_eib_climate_survey_2020_2021_en.pdf. Fecha de última consulta: 30 noviembre 2023. *V.* también sobre esta materia: P. GUILLÉN, “El legislador de la UE contra el *greenwashing*”, disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://baylos.com/blog/el-legislador-de-la-ue-contral-greenwashing>. Fecha de última consulta: 30 noviembre 2023.

estrategias de expansión, ya que cada vez más instituciones financieras priorizan a las empresas que declaran públicamente sus compromisos con la sostenibilidad y el medio ambiente²⁵.

II. Las conductas de blanqueo ecológico o *greenwashing*: delimitación conceptual y relevancia práctica en el tráfico mercantil contemporáneo

1. Delimitación conceptual

8. El contexto que sucintamente acabamos de describir explica, en gran medida, que numerosas empresas hayan diseñado estrategias de sostenibilidad en los últimos años. Por ejemplo, en el ámbito de las grandes multinacionales, podemos mencionar, entre otras, a *Starbucks*, que se comprometió a eliminar en 2020 el uso de pajitas de plástico de sus cafeterías²⁶; *McDonald's*, que ha asumido el compromiso de reducir las emisiones de gases de efecto invernadero en un 36% para 2030²⁷, y *Nestlé*, que anunció su compromiso para 2024 de que el 100% de sus envases sean reciclables o reutilizables²⁸. Además, el mercado ha evidenciado un notorio aumento de las declaraciones medioambientales y ecológicas de las empresas en la última década. Dichas declaraciones han sido definidas por la Comisión Europea en la *Guía sobre la interpretación y aplicación de la Directiva 2005/29/CE*²⁹ como “la práctica consistente en sugerir o crear de alguna otra manera la impresión (en la comunicación comercial, la comercialización o la publicidad) de que un bien o servicio tiene un impacto positivo o nulo en el medio ambiente o de que es menos dañino para el medio ambiente que los bienes o servicios competidores”, lo que puede obedecer a diversas características, como su composición, su proceso de fabricación, sus propiedades de reciclaje y las expectativas de reducción de energía o contaminación derivadas de su uso³⁰.

9. Naturalmente, no existe problema alguno cuando estas declaraciones ecológicas y medioambientales se ajustan a la realidad. Los problemas surgen cuando no ocurre así, y las declaraciones son falsas, inexactas o excesivamente vagas, lo que, además, resulta difícilmente detectable por el público de los consumidores y usuarios³¹. En esta situación, es posible que se induzca a error al consumidor sobre extremos relevantes para la toma de decisiones en la contratación de bienes o servicios; incluso

²⁵ Por ello se concluye que “la actuación medioambiental de las empresas tiende a presentar una relación positiva con los resultados económico-financieros, mejorando la competitividad empresarial”: J. IZAGUIRRE OLAIZOLA, *et al.*, “Medio ambiente y competitividad: ¿Obstáculo u oportunidad?: una aproximación a partir de la evidencia empírica”, en AA.VV., *El comportamiento de la empresa ante entornos dinámicos: XIX Congreso anual y XV Congreso Hispano Francés de AEDEM*, vol. 1, 2007, pp. 40 y ss., disponible en *open access* en la siguiente dirección electrónica: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2476771>. Fecha de última consulta: 30 noviembre 2023.

²⁶ C. CARON, “Starbucks to Stop Using Disposable Plastic Straws by 2020”, disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://www.nytimes.com/2018/07/09/business/starbucks-plastic-straws.html>. Fecha de última consulta: 30 noviembre 2023.

²⁷ MC DONALD'S, “McDonald's: Climate Action”, disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://corporate.mcdonalds.com/corpmcd/our-purpose-and-impact/our-planet/climate-action.html>. Fecha de última consulta: 30 noviembre 2023.

²⁸ PRESS RELEASE, “Nestlé accelerates action to tackle plastic waste”, disponible [en línea] en la siguiente dirección electrónica: <https://www.nestle.com/media/pressreleases/allpressreleases/nestle-action-tackle-plastic-waste#:~:text=All%20%2CNestl%C3%A9%20facilities%20worldwide,our%20products%20at%20our%20locations>. Fecha de última consulta: 30 noviembre 2023; DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS (UNITED NATIONS), “Shaping a Waste Free Future”, disponible [en línea] en la siguiente dirección electrónica: <https://sdgs.un.org/partnerships/shaping-waste-free-future>. Fecha de última consulta: 30 noviembre 2023.

²⁹ Comunicación de la Comisión. Guía sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior: *DOUE C 526 29* diciembre 2021, disponible en la dirección electrónica: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=OJ:C:2021:526:TOC>. Fecha de última consulta: 30 noviembre 2023.

³⁰ Apdo. 4.1.1., p. 72 de la Guía.

³¹ Por ejemplo, los consumidores están en condiciones de determinar sin dificultad qué marca de toallitas de papel es más absorbente. Sin embargo, tienen mayores dificultades al tratar de verificar si dichas toallitas son ecológicas o cuánto tiempo tardan en descomponerse en un vertedero: R.M. ROTMAN, *et al.*, “Greenwashing no more: the case for stronger regulation of environmental marketing”, *Administrative Law Review*, p. 419, disponible en <https://scholarship.law.missouri.edu/facpubs/972/>. Fecha de última consulta: 30 noviembre 2023.

cuando dicho error ocasionalmente se proyecte solo sobre la formación inicial de preferencias hacia una empresa o simplemente sobre la decisión de mostrar interés por una oferta específica³². Pues bien, las declaraciones empresariales ecológicas y ambientales que no son ciertas o no pueden ser verificadas integran las prácticas conocidas como *greenwashing* (literalmente, lavado verde) o blanqueo ecológico³³. En estos términos se refiere a dicha actuación empresarial la antecitada Guía de la Directiva 2005/29/CE, añadiendo la siguiente aclaración: “El blanqueo ecológico en el contexto de las relaciones entre empresas y consumidores puede referirse a todas las formas de prácticas comerciales de las empresas en sus relaciones con los consumidores relativas a las propiedades medioambientales de los productos. Según las circunstancias, eso puede incluir todo tipo de declaraciones, información, símbolos, logotipos, gráficos y marcas, y su interacción con colores, envases, etiquetas y publicidad en todos los medios de comunicación, (incluidos los sitios web) y lo puede hacer cualquier organización, si tiene la condición de «comerciante» y lleva a cabo prácticas comerciales hacia los consumidores”³⁴.

10. También el Reglamento (UE) 2020/852, mencionado anteriormente, contiene una definición de blanqueo ecológico o *greenwashing*, aunque limitada al ámbito específico de los productos financieros. De conformidad con ella, el blanqueo ecológico se define como “la práctica de obtener una ventaja competitiva desleal comercializando un producto financiero como respetuoso con el medio ambiente cuando, en realidad, no cumple los requisitos medioambientales básicos”³⁵. Pese a que, como acabamos de indicar, esta definición va dirigida exclusivamente al sector financiero, no existe impedimento alguno en extenderla al resto de sectores económicos como el transporte, la energía, el turismo o la automoción, entre otros. Además, como puede comprobarse, se trata de una noción que imputa expresamente a la práctica del blanqueo ecológico o *greenwashing* la obtención de una ventaja competitiva desleal, es decir, una ganancia injusta lograda a través de la contravención de las concretas exigencias impuestas a las empresas por el Derecho de la deslealtad concurrencial.

11. La doctrina económica ofrece también una pluralidad de definiciones de blanqueo ecológico o *greenwashing*. El denominador común de todas ellas reside en la falta de correspondencia entre la realidad y las declaraciones publicitarias sobre beneficios medioambientales y ecológicos de las empresas. A modo de ejemplo, cabe mencionar la noción que concibe este fenómeno como “la ampliación selectiva de información ambientalmente positiva a través de la publicidad, que causa una imagen distorsionada de la realidad en la mente del consumidor, en la que estos aspectos ecológicos se encuentran sobrerrepresentados”³⁶. O, si se prefiere, la noción según la cual el blanqueo ecológico o *greenwashing* se define como “la difusión por parte de una organización de información falsa o incompleta con el fin de presentar una imagen pública de responsabilidad medioambiental”³⁷. En una dirección bastante similar, puede aludirse a la definición de *greenwashing* introducida en el diccionario inglés de Oxford, que se refiere a él como “desinformación diseminada por una organización para presentar una imagen pública respetuosa con el medio ambiente”. Sin embargo, como sugieren algunos autores, resulta necesario mati-

³² C. VENDRELL CERVANTES Y C. SUANZES DÍEZ, “*Greenwashing* y prácticas desleales con los consumidores: la propuesta de directiva relativa al empoderamiento de los consumidores para la transición ecológica a la luz del contexto actual y algunos casos recientes en el derecho comparado”, *Actualidad Jurídica Uriá-Menéndez*, núm. 60, septiembre-diciembre 2022, p. 162, disponible [en línea] en <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/8200/documento/ajum60art.pdf?id=13178&forceDownload=true>. Para un análisis más detallado del error provocado por las prácticas desleales engañosas v. J. MASSAGUER FUENTES, *El nuevo Derecho contra la competencia desleal*, Cizur Menor: Thomson-Civitas, 2006, pp. 108 y 109.

³³ Apdo. 4.1.1., p. 72 de la Guía.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Considerando (11) de la Exposición de Motivos.

³⁶ M. HALLAMA, M. MOMTLLÓ RIBO *et al.*, “El fenómeno del *greenwashing* y su impacto sobre los consumidores. Propuesta metodológica para su evaluación”, *Aposta: Revista de Ciencias Sociales*, núm. 50, 2011, p. 7, disponible en <http://www.apostadigital.com/revistav3/hemeroteca/moritz.pdf>. Fecha de última consulta: 30 noviembre 2023.

³⁷ S. SÁ PINTO, “*Greenwashing*: A “Arte” de Bem Parecer”, *Revista Técnica de Tendências em Comunicação Empresarial*, núm. 2, 2022, disponible [en línea] en la siguiente dirección electrónica: <https://parc.ipp.pt/index.php/trendshub/article/view/4647>, p. 2, quien reproduce la noción de *greenwashing* ofrecida en 2010 por FURLOW y, al mismo tiempo, pone de manifiesto que la expresión “las apariencias engañan” encaja como un guante para describir las prácticas de blanqueo ecológico o *greenwashing*. Fecha de última consulta: 30 noviembre 2023.

zar esta última definición con vistas a destacar que el blanqueo ecológico o *greenwashing* no solo abarca la imagen pública de la empresa, sino también la de los bienes y servicios que esta ofrece al mercado, por lo que podría definirse como “el acto de engaño al consumidor para que la percepción de los productos y los objetivos de una empresa sean vistos como ecológicamente amigables”³⁸; o, si se prefiere, como “el acto de engañar al público sobre las prácticas medioambientales de sostenibilidad de una organización, o de engañar al público sobre lo ecológico que es un producto o servicio”³⁹. Por su parte, el Informe sobre “*Greenwashing* o lavado verde en la legislación comparada”, elaborado por VIRGINIE LOISEAU, CHRISTINE WEIDENSLAUFER y PAOLA ÁLVAREZ, tras precisar que el vocablo *greenwashing* constituye un anglicismo derivado de la combinación de las palabras *green* (verde o ecológico) y *whitewashing* (con referencia a la actividad consistente en esconder hechos incómodos), pone de manifiesto que este término sirve para expresar “la tendencia de algunas empresas a declarar comportamientos supuestamente sostenibles (como incluir temas medioambientales en sus campañas de marketing o patrocinar asociaciones o iniciativas ambientalistas), con el fin de llamar la atención de los consumidores que están sensibilizados ante el problema medioambiental y obtener, así, mayores ganancias”⁴⁰. Razón por la cual este informe concluye que el *greenwashing* es, en suma, “una forma de publicidad engañosa o lavado de imagen que las empresas usan para obtener mayores beneficios económicos sin hacer nada concreto a favor del planeta”⁴¹.

12. En general, en coherencia con lo que acabamos de exponer, cabe afirmar que los términos *greenwashing* o blanqueo ecológico se han acuñado para referirse al fenómeno de la “eco-exageración”, lo que acontece cuando las empresas exageran o enfatizan los beneficios medioambientales, transmitiendo al mercado el mensaje de que determinada organización o ciertos productos o servicios son más sostenibles de lo que realmente son; bien porque no lo son en absoluto, bien porque no lo son en la medida indicada. Además, dichos términos también se aplican a supuestos en los que las declaraciones ecológicas y ambientales son tan vagas e imprecisas que es difícil determinar qué beneficios existen, en el caso de que verdaderamente existan⁴². En otras palabras, podría decirse que las prácticas de blanqueo ecológico o *greenwashing* se llevan a cabo con la finalidad de disminuir la preocupación ambiental del consumidor. Parece claro que la información sobre los impactos (negativos o positivos) medioambientales de un determinado producto genera en la mente del consumidor una concreta imagen acerca del mismo, y esa imagen ejerce influencia sobre su aceptación. No obstante, a través de las conductas de blanqueo ecológico o *greenwashing*, lo que llega al consumidor o cliente son exageraciones de los aspectos positivos relacionados con el medio ambiente, al mismo tiempo que se omiten o minimizan los impactos negativos. Esto, como es natural, distorsiona la toma de decisiones del consumidor, ya que su elección final no se ajusta necesariamente a su escala de valores y creencias⁴³. Por tanto, es necesario diferenciar

³⁸ C.L. ALEJOS GÓNGORA, “*Greenwashing*: ser verde o parecerlo”, *Cuadernos de la Cátedra “La Caixa” de Responsabilidad Social de la Empresa y Gobierno Corporativo*, núm. 21, 2013, p. 8, disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://media.iese.edu/research/pdfs/ST-0328.pdf>. Fecha de última consulta: 30 noviembre 2023.

³⁹ M. KENNEDY, P. DELA *et al.*, “The green, the bad and the ugly: the risks of greenwashing”, disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://www.miningreview.com/environment/the-green-the-bad-and-the-ugly-the-risks-of-greenwashing/> (fecha de última consulta: 30 noviembre 2023). En una línea similar se encuentra N. FEINSTEIN, “Learning from past mistakes: future regulation to prevent greenwashing”, *Affaires Law Review*, núm. 229, 2013, p. 233, disponible en <https://core.ac.uk/download/pdf/71463806.pdf> (fecha de última consulta: 30 noviembre 2023), aludiendo a él como “la representación falsa o engañosa de que los productos, las marcas o las prácticas empresariales son beneficiosos para el medio ambiente”.

⁴⁰ LOISEAU, C. WEIDENSLAUFER, *et al.*, “*Greenwashing* o lavado verde en la legislación comparada”, en https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/32475/2/BCN_greenwashing_derecho_comparado_2021.pdf. Fecha de última consulta: 30 noviembre 2023, p. 2.

⁴¹ *Ibidem.*

⁴² M. DIFFENDERFER y K.C. BAKER, “*Greenwashing*: What you client should know to avoid costly litigation and consumer backlash”, *Natural Resources & Environment*, vol. 25, núm. 3, p. 1, disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://www.llw-law.com/wp-content/uploads/2016/04/Greenwashing-What-Your-Client-Should-Know-to-Avoid-Costly-Litigation-and-Consumer-Backlash.pdf>. Fecha de última consulta: 30 noviembre 2023; también al respecto: P. GARCÍA LOMBARDÍA, “*Greenwashing*: ser o no ser verde”, *Harvard Deusto Marketing y Ventas*, núm. 141, 2017, pp. 30 y ss. C. VENDRELL CERVANTES y C. SUANZES DÍEZ, “*Greenwashing* y prácticas...”, *cit.*, pp. 162 y 163.

⁴³ J.O. BENAVIDES GONZÁLEZ, “Diseño sostenible versus *Greenwashing*”, *Revista Digital de Diseño*, vol. 10, edición núm. 18, 2016, en <https://revistas.unbosque.edu.co/index.php/masd/article/view/1733> (fecha de última consulta: 30 noviembre 2023), p. 97.

el marketing ecológico o *greenmarketing* del blanqueo ecológico o *greenwashing*. El primero, también conocido como *ecomarketing*, alude a las estrategias de marketing empresarial que resaltan los beneficios medioambientales o ecológicos de los bienes o servicios promocionados. Dichas estrategias suelen ser implementadas por empresas comprometidas con la ecología y la sostenibilidad medioambiental en diversos aspectos, como la eficiencia energética, la reducción de emisiones o la gestión responsable de los recursos, y están dirigidas a captar la atención de consumidores y usuarios dotados de conciencia medioambiental. Lógicamente, lo que separa al blanqueo ecológico o *greenwashing* de la modalidad de marketing a la que acabamos de referirnos es la veracidad, pues mientras que las declaraciones medioambientales propias del *greenmarketing* son veraces y verificables, las que conforman el *greenwashing*, por el contrario, merecen considerarse engañosas por no ser ciertas o no poder ser verificadas⁴⁴.

13. Las variables que influyen en el *greenwashing*, conocidas como las 3P, son las personas (*People*), el planeta (*Planet*) y la rentabilidad (*Profit*). Bien entendido que existe consenso en que esta última no debe medirse únicamente en términos económicos, sino que en una sociedad como la actual ha de abarcar también el impacto medioambiental de las actividades empresariales. Como es natural, existe una relación inversa entre el fenómeno del blanqueo ecológico o *greenwashing* y el elemento de la confianza de los consumidores y usuarios concienciados por el medio ambiente, pues el primero posee un impacto negativo sobre el segundo. En otras palabras, a medida que se detecten más prácticas de *greenwashing* en el mercado, menor será la confianza de los consumidores en las bondades ecológicas y medioambientales de los bienes y servicios que en él se ofertan⁴⁵.

14. Para finalizar, interesa precisar que aquí nos referimos al blanqueo ecológico o *greenwashing* como una práctica llevada a cabo por empresas. Ahora bien, no solo ellas son actoras de este tipo de comportamientos. Los gobiernos, por ejemplo, también pueden ser autores de estas conductas con la finalidad de captar votos u obtener legitimidad. Esto puede manifestarse de diversas maneras, entre las que cabe citar, por ejemplo, las siguientes: *i*) engañar a los ciudadanos sobre el impacto real de sus políticas ambientales; *ii*) destacar solo los atributos ecológicos positivos de algunas de sus políticas, ocultando aquellos que son dañinos para el medio ambiente; *iii*) implementar políticas que presuntamente están destinadas a la protección medioambiental, pero que en realidad persiguen intereses particulares; *iv*) expresar un fuerte apoyo público a los esfuerzos internacionales contra el cambio climático mientras obstaculizan de forma oculta estas iniciativas; y, por último, *v*) asignar mayores recursos a campañas de marketing verde que a políticas ambientales efectivas⁴⁶. Aquí, no obstante, vamos a ocuparnos exclusivamente de las conductas de blanqueo ecológico o *greenwashing* llevadas a cabo por las empresas,

⁴⁴ Entre otros: E.K. COPPOLECCHIA, "The greenwashing deluge: Who will rise above the waters of deceptive advertising?", *University of Miami Law Review*, vol. 64, 2010, pp. 1356 y ss., disponible en la dirección electrónica: <https://repository.law.miami.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1182&context=umlr> (fecha de última consulta: 30 noviembre 2023); E. LÓPEZ-RODRÍGUEZ CAMPO y L.A. ARÉVALO, "Del marketing ecológico al *greenwashing*: una mirada en escenarios colombianos e internacionales", *Ciencias Económicas: Publicación de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional del Litoral*, vol. 1, núm. 16, 2019, pp. 1 y ss.; J. ORTEGA GUTIÉRREZ, et al., "El *greenwashing* o como destapar estrategias comerciales de ventas falsas que se apoyan en una filosofía verde", en AA.VV., *XXX Jornadas Luso-Espanholas de Gestão Científica: cooperação transfronteiriça. Desenvolvimento e coesão territorial. Livro de resumos* (dir. P. FERNANDES), 2020, pp. 247 y ss, texto disponible [en línea] en https://bibliotecadigital.ipb.pt/bitstream/10198/20440/3/JLE_2020_resume_abstract_final.pdf (fecha de última consulta: 30 de noviembre de 2021). Entre la doctrina jurídica, v., por ejemplo, L.A. MARCO ARCALÁ y E. RUS ALBA, "El nuevo marco jurídico de los argumentos ecológicos y medioambientales en la publicidad entre la regulación y la autorregulación", *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, Tomo 30, 2009-2010, pp. 323 y ss.

⁴⁵ H.J. SALAS CANALES, "El *greenwashing* y su repercusión en la ética empresarial", *Neumann Business Review*, vol. 4, núm. 1, 2018, pp. 34 y 38; disponible [en línea] en la siguiente dirección electrónica: https://www.researchgate.net/profile/Hugo-Salas-Canales/publication/326192971_El_greenwashing_y_su_repercusion_en_la_etica_empresarial/links/5b46fda045851519b4b0904c/El-greenwashing-y-su-repercusion-en-la-etica-empresarial.pdf. Fecha de última consulta: 30 noviembre 2023. Por ello puede decirse que la nueva regulación del blanqueo ecológico mediante la normativa de la competencia desleal forma parte del denominado Derecho de los consumidores [sobre su génesis y otras cuestiones generales: M. PANIAGUA ZURERA y L.M. MIRANDA SERRANO, "La protección de los consumidores y usuarios y la irrupción del derecho de los consumidores", en MIRANDA SERRANO y PAGADOR LÓPEZ (Dir.) *Derecho (privado) de los consumidores*, Ed. Marcial Pons, 2012, pp. 19 y ss.].

⁴⁶ J.I. TERUEL GALLETI, "Greenwashing: una aproximación crítica", *Boletín del Departamento de Derechos Humanos*, núm. 17, 2022, disponible en <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/142340> (p. 30). Fecha de última consulta: 21 de septiembre de 2023.

entendiendo este término en el sentido amplio en que lo concibe el Derecho de la competencia, esto es, comprensivo tanto de los empresarios mercantiles y civiles como de los profesionales liberales⁴⁷.

2. Relevancia práctica

15. Abordada la delimitación conceptual de las prácticas de *greenwashing* o blanqueo ecológico, es necesario aludir a su relevancia en el tráfico mercantil contemporáneo. Esta deriva principalmente de no tratarse de conductas aisladas o esporádicas, sino muy arraigadas en los mercados actuales. Especialmente, surgen como una respuesta de las empresas a lo que expresivamente se ha denominado la “locura ecológica”, términos que expresan el creciente interés de los consumidores y usuarios por adquirir los denominados “productos verdes”. Esto, como es natural, es a menudo aprovechado por los empresarios, que en no pocas ocasiones recurren a comportamientos éticamente cuestionables, consistentes en exagerar o sobrevalorar los atributos ecológicos de los bienes y/o servicios que ofertan al mercado⁴⁸.

16. La afirmación anterior relativa a la significativa frecuencia de las prácticas de blanqueo ecológico en los mercados actuales cuenta con el respaldo de determinados informes. Entre ellos, cabe mencionar, por ejemplo, un cribado coordinado de sitios web (barrido) realizado en 2020 por la Comisión Europea y las autoridades nacionales de protección de los consumidores. En concreto, las conclusiones a las que llevó este estudio son claras: *i*) en más de la mitad de los casos analizados, los empresarios no facilitaban información suficiente para que los consumidores pudiesen juzgar la veracidad de las declaraciones medioambientales; *ii*) en el 37% de los supuestos, las declaraciones ecológicas incluían afirmaciones vagas y generales, utilizando términos como “respetuoso con el medio ambiente” y “sostenible”, dirigidas a transmitir a los consumidores la impresión fundada de que un determinado producto no tenía repercusión negativa alguna sobre el medio ambiente; *iii*) por último, en el 59% de los casos, los comerciantes no proporcionaban pruebas fácilmente accesibles que fundamentaran sus declaraciones ecológicas⁴⁹. Es más, existen incluso estudios más drásticos que concluyen que menos del 5% de los productos o servicios que se promocionan como verdes o ecológicos realmente cumplen dichas condiciones⁵⁰.

También la *Competition and Markets Authority* (CMA), autoridad nacional de competencia británica, llevó a cabo en enero de 2021 un barrido global sobre sitios webs seleccionados al azar, revelando que el 40% de las afirmaciones ecológicas en línea podrían inducir a error a los consumidores⁵¹. Y en lo que respecta a nuestro país, es importante destacar que el presidente del Consejo General de Economistas ha señalado expresamente que “el aparente aluvión de empresas y entidades supuestamente sostenibles es absolutamente desproporcionado e irreal, ya que, según datos de la *Red Española del Pacto Mundial*, solo un 14% de las empresas españolas cuentan con una estrategia de finanzas o inversión sostenible”. A su juicio —añade—, “utilizar la sostenibilidad únicamente como una herramienta de marketing sin que detrás haya ningún contenido real es una práctica ciertamente poco ética, y para evitarlo es fundamental que todo proyecto o inversión sostenible esté estandarizado y clasificado de

⁴⁷ Ampliamente al respecto: J. MASSAGUER FUENTES, “Artículo 3”, en *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Ed. Civitas, Madrid, 1999, pp. 128 y ss.

⁴⁸ M. DEL BARCO, “Acciones en las organizaciones para evitar prácticas de *greenwashing*”, disponible en https://www.ulima.edu.pe/sites/default/files/news/file/mariella_del_barco_greenwashing_1671569921.pdf (p. 2). Fecha de última consulta: 30 noviembre 2023.

⁴⁹ COMISIÓN EUROPEA, “Cribado de sitios web en relación con el «blanqueo ecológico»: la mitad de las afirmaciones en materia ecológica carece de fundamento”, Comunicado de prensa, 28 de enero de 2021, Bruselas, disponible https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_21_269. Fecha de última consulta: 30 noviembre 2023.

⁵⁰ J.A. FRANCO, *La legislación sobre greenwashing y los ODS' como escenario futuro*, p. 15, disponible en <https://www.otroconsumoposible.es/wp-content/uploads/2020/12/Contenido-en-bruto-Juan-Agustín-Franco.pdf>. Fecha de última consulta: 30 noviembre 2023.

⁵¹ COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY (Press Release), “Global sweep finds 40% of firms’ green claims could be misleading”, enero 2021, disponible [en línea] en la siguiente dirección electrónica: <https://www.gov.uk/government/news/global-sweep-finds-40-of-firms-green-claims-could-be-misleading>. Fecha de última consulta: 30 noviembre 2023.

acuerdo con la normativa, lo que ayudará a discernir entre aquellos proyectos que son realmente sostenibles y aquellos que solo lo aparentan⁵².

17. Tras lo sucintamente expuesto, no sorprende que con el paso del tiempo haya aumentado significativamente la sensibilidad social ante este tipo de conductas. Así lo prueba, por ejemplo, que la *Deutsche Umwelthilfe*, organización medioambiental sin fines lucrativos con sede en Alemania, concede anualmente la distinción *Goldener Geier* a la mentira medioambiental más audaz del año. Para ello, se anima cada año a los consumidores y usuarios a nominar aquellos reclamos publicitarios en materia ecológica que, a su juicio, presenten un mayor grado de falsedad. Finalmente, resulta ganador el reclamo que cuente con un mayor respaldo popular. Como es natural, obtener este premio puede conllevar perjuicios relevantes para la reputación de la empresa galardonada, lo que resalta aún más los riesgos asociados a la práctica del *greenwashing* o blanqueo ecológico⁵³.

18. Las autoridades nacionales de consumo, por lo general, tampoco han permanecido impasibles ante este fenómeno. Por el contrario, tras haber detectado los riesgos ocasionados por estas prácticas, han diseñado guías y directrices que las empresas deben seguir para realizar alegaciones medioambientales o sostenibles de manera adecuada, lo que ha supuesto un paso importante para proteger a los consumidores y fomentar la transparencia en el mercado⁵⁴. Estas pautas pueden ayudar a las empresas a comprender cómo comunicar sus esfuerzos medioambientales de manera precisa y verificable, lo que, a su vez, fortalece la confianza del consumidor en este tipo de afirmaciones. En este sentido, cabe resaltar las *Directrices de la Autoridad de Consumo de los Países Bajos*, de enero de 2021, que han sido objeto de actualización en junio de 2023⁵⁵. Asimismo, merece mención el *Código equivalente implementado en el Reino Unido* en septiembre de 2021⁵⁶, al cual están obligadas a adherirse todas las entidades comerciales que realicen alegaciones publicitarias medioambientales sobre cualquier producto o servicio dirigido a consumidores británicos, incluyendo empresas no británicas, distribuidores y plataformas en línea. Ambos documentos proporcionan pautas, reglas empíricas y ejemplos prácticos destinados a ayudar a las empresas en la formulación de alegaciones sostenibles que, siendo transparentes, claras, precisas y pertinentes, ayuden a los consumidores y usuarios en sus decisiones de compra, al tiempo que contribuyan a fortalecer la confianza en el mercado.

19. Ahora bien, aunque, como acabamos de indicar, la relevancia de las prácticas de blanqueo ecológico o *greenwashing* parece innegable, en estrecha conexión con la creciente importancia que los consumidores y usuarios confieren a los productos ecológicos, no podemos ignorar la existencia de algunas barreras que actúan como límites claros a los comportamientos medioambientales del público consumidor. En opinión de la doctrina económica que ha analizado este asunto, las barreras identificadas se pueden concretar en las siguientes⁵⁷: i) En primer lugar, los costes, ya que los productos ecológicos poseen unos precios más elevados que los de los productos convencionales. Esta diferencia de precio

⁵² LEFEBVRE, “Economistas alertan sobre las prácticas de *greenwashing*”, disponible en <https://lefebvre.es/esg/environmental/economistas-alertan-sobre-practicas-greenwashing>. Fecha de última consulta: 30 noviembre 2023.

⁵³ P.L. PULST, K. MIDDELHOFF, A. BIELEFELD, “Germany – Sustainability claims and *greenwashing*”, disponible [en línea] en <https://cms.law/en/int/publication/cms-green-globe/germany>. Fecha de última consulta: 30 noviembre 2023.

⁵⁴ C. VENDRELL CERVANTES y C. SUANZES DÍEZ, “*Greenwashing* y prácticas...”, *cit.*, p. 163.

⁵⁵ THE NETHERLANDS AUTHORITY FOR CONSUMERS & MARKETS, *Guidelines regarding Sustainability Claims*, disponible [en línea] en https://www.acm.nl/system/files/documents/guidelines-sustainability-claims_1.pdf. Fecha de última consulta: 30 noviembre 2023.

⁵⁶ COMPETITION & MARKETS AUTHORITY (UNITED KINGDOM GOVERNMENT), *CMA guidance on environmental claims on goods and services: helping businesses comply with their consumer protection law obligations*, septiembre 2021, disponible [en línea] en la siguiente dirección electrónica: https://assets.publishing.service.gov.uk/media/61482fd4e90e070433f6c3ea/Guidance_for_businesses_on_making_environmental_claims_.pdf (fecha de última consulta: 30 noviembre 2023). Sobre los esfuerzos que está focalizando este organismo en la lucha contra el *greenwashing*, v. PRICEWATERHOUSECOOPERS, “CMA Green Claims Code now in effect”, disponible [en línea] en la siguiente dirección electrónica: <https://www.pwc.co.uk/services/legal/cma-green-claims-code-now-in-effect.html>. Fecha de última cónsul -ta: 30 noviembre 2023.

⁵⁷ En este sentido, puede consultarse (siguiendo a autores como NGUYEN y HOAI): H.J. SALAS CANALES, “El *greenwashing* y su repercusión en la ética...”, *cit.*, p. 32.

constituye, sin duda, la barrera más significativa, en la medida en que dificulta considerablemente la adquisición de estos productos por parte de un relevante sector del público consumidor, especialmente, en períodos de crisis económica. *ii*) En segundo lugar, la credibilidad, pues no puede desconocerse que las alegaciones ecológicas y medioambientales (incluso las que adoptan la forma de etiquetas ecológicas) no son demasiado creíbles, debido, en gran parte, a la falta de transparencia en la información proporcionada por un considerable número de empresas que incurren en prácticas (poco éticas) de blanqueo ecológico o *greenwashing*. *iii*) En tercer y último lugar, la información, ya que la falta de programas educativos y de comunicación ha originado que los consumidores y usuarios, especialmente aquellos pertenecientes a países en vías de desarrollo, carezcan de información suficiente sobre los extremos ecológicos de los productos que contribuyen a mejorar y preservar el medio ambiente⁵⁸. Esto último explica que, por lo general, los consumidores de un territorio dotado de mejores indicadores de desarrollo económico tienden a ser más respetuosos con el medio ambiente al adoptar sus decisiones de compra y, por consiguiente, menos indulgentes con las prácticas empresariales de blanqueo ecológico o *greenwashing*, sobre todo en comparación con los ciudadanos de territorios menos desarrollados⁵⁹.

III. Las prácticas de blanqueo ecológico o *greenwashing* ante el Derecho de la competencia desleal

1. Planteamiento y propósito

20. Tras analizar el concepto de blanqueo ecológico o *greenwashing* y su relevancia práctica, es necesario concretar si el Derecho vigente posee o no instrumentos normativos adecuados para hacerle frente. Dado que se trata de una conducta de marketing y, por tanto, de un fenómeno publicitario o de promoción de la contratación de bienes y servicios (es decir, de una *práctica comercial*, según la terminología de la Directiva 2005/29/CE, o de un *acto de competencia*, de conformidad con los términos por los que optó inicialmente nuestra Ley de Competencia Desleal de 1991), la normativa aplicable habrá de buscarse en el Derecho de la competencia desleal en sentido amplio. En concreto, la pregunta fundamental que debemos formularnos es la siguiente: ¿Existen en la normativa reguladora de la competencia desleal normas adecuadas para combatir estas prácticas de mercado? Como expondremos a continuación, esta cuestión merece una respuesta afirmativa desde el plano tanto de la *lege lata* como de la *lege ferenda*. Y ello con referencia no solo al Derecho de la Unión Europea, sino también al español. Primero, nos ocuparemos del Derecho vigente. Con posterioridad, abordaremos las iniciativas legislativas sobre esta materia proyectadas por el legislador comunitario y concretadas, hasta el momento, en dos Propuestas de Directivas: *i*) la relativa al *empoderamiento de los consumidores en materia de transición ecológica* y *ii*) la referente a las *alegaciones ecológicas*.

2. Perspectiva de *lege lata*: normas vigentes sobre competencia desleal susceptibles de hacer frente a las prácticas de blanqueo ecológico o *greenwashing*

A) Consideraciones preliminares

21. La normativa vigente en materia de competencia desleal contiene normas útiles para hacer frente a la problemática del blanqueo ecológico o *greenwashing*. Este dato puede inferirse, sin ir más lejos, del hecho de que estas prácticas han sido afrontadas hasta ahora, con considerable éxito, mediante la

⁵⁸ Al respecto, D. RODRIGO-CANO, *et al.*, “La educomunicación ambiental, herramienta necesaria ante el cambio climático frente al *greenwashing*”, en AA.VV., *Los medios de comunicación como difusores del cambio climático*, Ediciones Egregius, 2018, pp. 47 y ss.

⁵⁹ V. Ó. GUTIÉRREZ ARAGÓN, A. GASSIOT MELIÁN, *et al.*, “Comportamiento de compra y actitud ante el *greenwashing*. Estudio comparativo entre consumidores de territorios con diferente desarrollo económico”, *Revista Universidad y Empresa*, vol. 24, núm. 42, 2022, disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8354369> (fecha de última consulta: 30 noviembre 2023).

aplicación de la normativa relativa a la deslealtad concurrencial. En nuestro país, esta conclusión se infiere, en concreto, de las soluciones que a esta materia han dado los tribunales de justicia, así como muy especialmente del papel fundamental que en este ámbito han desempeñado el servicio de *CopyAdvice*⁶⁰ de AUTOCONTROL⁶⁰ (en la prevención) y las Resoluciones del Jurado de la Publicidad, en consonancia con sus funciones de promover una publicidad veraz y leal en beneficio del derecho de los consumidores y usuarios a elegir libremente los bienes y servicios que desean contratar⁶¹.

22. En la Unión Europea, especial atención merece la Guía sobre la Directiva 2005/29/CE, en la que la Comisión sostiene la utilidad del vigente Derecho de la competencia desleal para remediar los efectos negativos derivados de las conductas que analizamos. En su opinión, aunque la Directiva 2005/29/CE “no contiene normas específicas sobre las declaraciones medioambientales”, sin embargo, “proporciona una base jurídica para velar por que los comerciantes no realicen declaraciones medioambientales engañosas para los consumidores”. En realidad —añade la Comisión en esta Guía—, la Directiva 2005/29/CE “no prohíbe la utilización de declaraciones ecológicas siempre que no sean engañosas”, por lo que “puede ayudar a los comerciantes a invertir en el comportamiento ambiental de sus productos para que puedan comunicar estos esfuerzos a los consumidores de forma transparente e impidiendo que los competidores presenten declaraciones medioambientales engañosas”⁶². En concreto, a juicio de la Comisión, la aplicación de la Directiva 2005/29/CE a las declaraciones empresariales de contenido ecológico y medioambiental se concreta en los siguientes ejes: *i*) se ha de tratar de declaraciones veraces, esto es, que no contengan información falsa y que se presenten de forma clara, específica, precisa e inequívoca, a fin de que no induzcan a error a los consumidores (por exigencia de los artículos 6 y 7 sobre prácticas engañosas); *ii*) los empresarios han de contar con pruebas que fundamenten sus declaraciones ecológicas y estar dispuestos a proporcionarlas de forma comprensible a las autoridades competentes cuando alguna de sus declaraciones suscite dudas (en aplicación del artículo 12); *iii*) cuando las declaraciones empresariales se refieren a la comercialización de certificaciones, etiquetas y códigos de conducta en materia ecológica y medioambiental han de respetarse las exigencias derivadas del anexo I de la Directiva, que contiene un listado de prácticas desleales prohibidas *per se*; *iv*) por último, no ha de olvidarse la cláusula general de la deslealtad (artículo 5.2) que funciona como una “red de seguridad” adicional⁶³.

23. Idéntica respuesta a la que proporciona el Derecho de la Unión Europea puede ofrecerse desde el Derecho español. Al igual que la referida Directiva, nuestra Ley de Competencia desleal —en adelante, LCD— (que precisamente se reformó de forma amplia en 2009 para adaptarse a la Directiva 2005/29/CE)⁶⁴ tampoco contiene en su articulado preceptos directa y específicamente dirigidos a hacer frente a las declaraciones medioambientales falsas o engañosas que realizan las empresas en el mercado. Pero sí posee, al igual que la norma comunitaria, cláusulas especiales relativas a los actos de engaño que pueden ser de gran utilidad para combatirlos⁶⁵.

⁶⁰ El servicio de *CopyAdvice*[®] de AUTOCONTROL se implantó en España en 2001, asesorando a las empresas en el cumplimiento normativo en materia de publicidad. Los anunciantes, agencias o medios pueden remitir voluntariamente las campañas publicitarias previamente a su difusión para que lleve a cabo una revisión jurídica.

⁶¹ P. GUILLÉN, “El legislador de la UE...”, *cit*; AUTOCONTROL (Press Release), “El Comisario Europeo de Justicia destaca el importante papel de la autorregulación publicitaria”, disponible [en línea] en la siguiente dirección electrónica: <https://www.autocontrol.es/2022/12/13/el-comisario-europeo-de-justicia-destaca-el-importante-papel-de-la-autorregulacion-publicitaria/>. Fecha de última consulta: 30 noviembre 2023.

⁶² Apdo. 4.1.1. de la Guía.

⁶³ Apdo. 4.1.1.2. de la Guía; al respecto, entre otros, D. SILVA, “The fight against greenwashing in the European...”, *cit.*, pp. 133 y ss.

⁶⁴ Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, *BOE* de 11 enero 1991.

⁶⁵ Aunque por regla general las declaraciones medioambientales y ecológicas consisten en declaraciones publicitarias, nos referimos solo a la LCD y no a la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad —LGP— (*BOE* de 15 noviembre 1988) porque la LGP, al regular la publicidad ilícita en su artículo 3, no regula la publicidad engañosa de forma genérica, como sería esperable de una ley reguladora de la actividad publicitaria. La promulgación de la Ley 29/2009 (*BOE* de 31 diciembre 2009), supuso una modificación no solo de la LCD sino también de la LGP. En el asunto que aquí nos interesa, la Ley 29/2009 derogó los preceptos que la LGP dedicaba a la publicidad engañosa (antiguos artículos 4 y ss. LGP). En concreto, a partir de dicha modificación legislativa, la LGP, al regular la publicidad ilícita en su artículo 3, realiza una remisión a la LCD en los

24. Por otra parte, se ha de tener en cuenta que las empresas españolas cuentan desde 2009 con el “Código de autorregulación sobre argumentos ambientales en comunicaciones comerciales”⁶⁶, elaborado por AUTOCONTROL, que sirve de guía para las empresas a la hora de confeccionar mensajes publicitarios con consideraciones medioambientales. Entre las reglas que conforman este Código, cabe destacar las siguientes: *i)* el deber de evitar declaraciones ecológicas genéricas; *ii)* la necesidad de mostrar las declaraciones medioambientales junto con cualquier información adicional o explicativa con ellas relacionada; *iii)* la exigencia de que las consideraciones medioambientales no se refieran a un bien o servicio en su totalidad, cuando solo son relevantes para una parte específica del mismo; y, por último, *iv)* la necesidad de que los signos y/o símbolos empleados en las comunicaciones comerciales no den a entender que cuentan con una aprobación oficial o certificación por parte de terceros si en realidad no es así.

25. Dada la utilidad práctica que en esta materia revisten las normas reguladoras de las prácticas engañosas (o actos de engaño), seguidamente prestamos atención a este asunto. Con tal fin, como se verá, nos referiremos tanto a las normas reguladoras de las prácticas engañosas por acción y omisión como a aquellas que consideran engañosos *per se* (esto es, en cualquier circunstancia) determinados comportamientos de mercado. Por último, aludiremos también a la cláusula especial de deslealtad relativa a la violación de normas (artículo 15 LCD), de posible aplicación, por ejemplo, cuando las entidades financieras incumplen los deberes de información sobre sostenibilidad a los que están sujetas⁶⁷.

B) La especial utilidad de las normas reguladoras de las prácticas engañosas

a) Introducción

26. En concreto, la LCD regula los actos de engaño en sus artículos 5 y 7, que se ocupan, respectivamente, de los actos de engaño y de las omisiones engañosas, y que han de interpretarse de conformidad con los artículos 6 y 7 de la Directiva 2005/29/CE, de los que traen causa. Ambas conductas se reputan desleales en el ámbito específico de las relaciones de consumo, como establece el artículo 19.1 LCD⁶⁸. Esto es así debido a que este tipo de actos son susceptibles de distorsionar las decisiones

siguientes términos: “Es ilícita: [...] e) La publicidad engañosa, la publicidad desleal y la publicidad agresiva, que tendrán el carácter de actos de competencia desleal en los términos contemplados en la Ley de Competencia Desleal” (al respecto, más información en A. TATO PLAZA, “La reforma de la Ley General de la Publicidad”, en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 7, 2010, pp. 141 y ss.). Esto explica que se haya afirmado que, tras la entrada en vigor de la Ley 29/2009, la LGP ha pasado a convertirse “en una Ley residual para regular la actividad publicitaria en el ordenamiento jurídico español” [B. PATIÑO ALVES, “El engaño en la publicidad”, disponible en <https://www.beatrizpatino.com/wp-content/uploads/2015/05/EL-ENGA%C3%91O-EN-LA-PUBLICIDAD.pdf>, p. 10 (fecha de última consulta: 30 noviembre 2023)]. Por tanto, para saber qué ha de entenderse por publicidad engañosa y, en su caso, en qué otra modalidad de práctica desleal podría encuadrarse el uso de declaraciones ecológicas y medioambientales por parte de las empresas, se hace necesario acudir a la LCD.

⁶⁶ Disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://studylib.es/doc/4784775/c%C3%B3digo-de-autoregulaci%C3%B3n-sobre-argumentos>. Fecha de última consulta: 30 noviembre 2023.

⁶⁷ No obstante, quedará fuera de nuestro análisis la posible utilidad para combatir las conductas de *greenwashing* del ilícito relativo al *falseamiento de la libre competencia por actos desleales* que se formula (como norma *antitrust* pero construida sobre la base de un ilícito de deslealtad) en el artículo 3 de nuestra Ley de Defensa de la Competencia (LDC). En concreto, esta norma podría ser aplicable por la autoridad de la competencia (la CNCM) cuando una empresa de cierta dimensión por sí sola (pues si fuese en connivencia con otra u otras estaríamos ante una conducta colusoria) y con una relevante cuota de mercado (pero sin encontrarse en posición de dominio, pues entonces se aplicaría el ilícito *antitrust* del abuso de posición dominante) cometa comportamientos de blanqueo ecológico causando con ello un daño concurrencial con afectación de los intereses públicos (impacto *antitrust*). Sobre este ilícito, *ad ex.*, entre los trabajos más recientes: A. CASADO NAVARRO, “El controvertido asunto de la función normativa del falseamiento de la competencia por actos desleales (Artículo 3 LDC)”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 22, 2018, *passim*; P.M. GONZÁLEZ JIMÉNEZ, “Aproximación a los requisitos constitutivos del ilícito de falseamiento de la libre competencia por actos desleales según recientes pronunciamientos de las autoridades *antitrust*”, en A. TATO PLAZA, J. COSTAS COMESAÑA *et al.*, *Nuevas tendencias del Derecho de la competencia y de la propiedad industrial*, Ed. Comares, 2017, *passim*.

⁶⁸ Que establece: “1. Sin perjuicio de lo establecido en los artículos 19 y 20 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, únicamente tendrán la consideración de prácticas comerciales desleales con los consumidores y usuarios, las previstas en este capítulo y en los artículos 4, 5, 7 y 8 de esta ley.

de mercado de los consumidores y usuarios, al mermar su capacidad de adoptar decisiones económicas con pleno conocimiento de causa⁶⁹. Aunque es cierto que los intereses de los consumidores y usuarios no son los únicos que resultan afectados por las prácticas engañosas. Al mismo tiempo, estas conductas repercuten de forma negativa sobre los intereses de los competidores, pese a que el daño que a estos se les causa no es directo, sino derivado de la maniobra engañosa que induce a los consumidores y usuarios a realizar elecciones no fundadas en el principio de la eficiencia de las prestaciones⁷⁰. Además, estas prácticas son susceptibles de dañar el interés general, pues el principio de veracidad ha de estar muy presente en las relaciones mercantiles, al ser la transparencia una exigencia necesaria para un orden concurrencial no falseado, libre y eficaz⁷¹.

b) Normas sobre prácticas engañosas por acción

27. De conformidad con los artículos 5 LCD y 6 Directiva 2005/29/CE, una conducta es engañosa con carácter general (y, por tanto, desleal) cuando contiene información falsa o información que, aun siendo veraz, bien por su contenido, bien por su presentación, es susceptible de inducir a error a los destinatarios y alterar su comportamiento económico. Siempre, además, que incida sobre determinados aspectos relativos, principalmente, a las características esenciales del bien o servicio, así como a las condiciones jurídicas y económicas de la operación (por ejemplo, el precio o su modo de fijación, los derechos legales o convencionales del consumidor, la asistencia postventa, el tratamiento de las posibles reclamaciones, etc.). Por tanto, según esta regulación, los actos de engaño pueden revestir dos formas o modalidades distintas. A ambas nos referimos a continuación.

28. La primera de estas formas o modalidades consiste en la difusión de información falsa, entendiéndose por esta la que no se ajusta a la realidad, con independencia de que el anunciante la manifieste de manera consciente o negligente. Como ejemplos de este tipo de actuaciones en el ámbito de las declaraciones medioambientales, cabría citar los siguientes: *i*) emplear el término “biodegradable” para referirse a un producto que realmente no lo sea o con el que no se hayan realizado ensayos al respecto; *ii*) presentar aparatos eléctricos (como cafeteras, planchas o aspiradoras) como “respetuosos con el medio ambiente” o “ecológicos”, cuando no se han realizado pruebas al respecto o las realizadas han puesto de manifiesto que no consiguen mejores resultados que otros bienes similares; *iii*) anunciar que determinados neumáticos de automóviles son “ecológicos” junto a su impacto en el consumo sostenible, aunque en los ensayos

2. Las prácticas comerciales reguladas en los artículos 21 a 31, ambos inclusive, son en todo caso y en cualquier circunstancia, prácticas comerciales desleales con los consumidores” (artículo 19 LCD).

⁶⁹ J.A. GARCÍA CRUCES GONZÁLEZ, “Artículo 5. Actos de engaños”, en AA.VV. (coord. A. BERCOVITZ, *et al.*), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, pp. 115 y ss.; L. M. MIRANDA SERRANO y M. PANIAGUA ZURERA, “La protección de los consumidores y usuarios en la fase previa a la contratación: la tutela de la libertad negocial”, en MIRANDA SERRANO y PAGADOR LÓPEZ (Dir.) *Derecho (privado) de los consumidores*, Ed. Marcial Pons, 2012, pp. 63 y ss.

⁷⁰ C. LEMA DEVESA, “Los actos de engaño en la Ley de Competencia Desleal”, en AA.VV. (coord. GÓMEZ SEGADA, *et al.*), *El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI: libro homenaje al profesor Dr. Carlos Fernández-Novoa con motivo de su octogésimo cumpleaños*, 2010, pp. 355 y ss.; A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Apuntes de Derecho Mercantil*, 10ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 393. Como afirma el autor citado en segundo lugar, “los actos de engaño perjudican a todos los que participan en el mercado, tanto a competidores como a consumidores, en la medida en que se provoca una decisión de la clientela basada no en las prestaciones que realmente ofrecen, sino en una prestación que induce a error”. En el ámbito específico de las prácticas de *greenwashing* o blanqueo ecológico, insiste en su nocividad no solo para los consumidores y usuarios, sino también para las empresas competidoras, entre otros: F. HERAS HERNÁNDEZ, “El uso de argumentos ambientales en publicidad. Definiendo líneas rojas, reconociendo buenas prácticas”, Centro Nacional de Educación Ambiental, 2012, p. 4, disponible [en línea] en https://www.miteco.gob.es/content/dam/miteco/es/ceneam/articulos-de-opinion/2012-11-francisco-heras_tcm30-70736.pdf. Fecha de última consulta: 30 noviembre 2023.

⁷¹ C. FERNÁNDEZ NOVOA, “La Directiva Comunitaria sobre prácticas comerciales desleales”, *La Ley*, núm. 6408, 26 de enero de 2006, pp. 4 y 5. En este mismo sentido se pronuncia el Tribunal Supremo (TS), por ejemplo, en su STS de 19 mayo 2008 (RJ 2008/3089), donde pone de manifiesto que el tratamiento legal de los actos de engaño se justifica en que se “trata de proteger el correcto funcionamiento del mercado, en el que la ley de la oferta y la demanda cumple una función trascendente, ante la posibilidad de que los consumidores, en el momento de tomar la decisión de adquirir o no los bienes, estén errados sobre las características de los mismos que puedan influir en aquella” (FJ 6º).

llevados a cabo se hayan obtenido resultados contradictorios; y, por último, *iv*) presentar una vajilla que contenga bambú como alternativa sostenible, reciclable y respetuosa con el medio ambiente, en contraposición con los materiales plásticos, cuando la vajilla, en realidad, es una mezcla de plástico, bambú y un tipo específico de resina⁷².

29. La segunda modalidad de práctica engañosa (por acción) estriba en la difusión de información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induce o puede inducir a error a los destinatarios. Estamos en este segundo caso ante información que, a pesar de ajustarse a la realidad desde una perspectiva abstracta, puede generar una incorrecta interpretación por parte de sus receptores⁷³. En el ámbito de las declaraciones medioambientales, esto ocurrirá muy probablemente cuando los operadores económicos del mercado utilicen afirmaciones vagas y generales de la existencia de beneficios medioambientales (tales como “inocuo para el medio ambiente”, “eco”, “verde”, “ecológico”, “respetuoso con el clima”, “libre de contaminantes”, “biodegradable”, “cero emisiones”, “bajas emisiones de CO₂”, etc.) sin una justificación adecuada de dichos beneficios y sin indicar el aspecto concreto del producto al que se refiere la afirmación. Como ejemplos de este otro tipo de conductas, cabría mencionar las siguientes: *i*) la declaración por parte de una empresa de alquiler de coches eléctricos de que el servicio que presta es “ecológico”, sin aclarar que la electricidad con la que se recargan los vehículos no procede de fuentes de energía renovables, lo que hace que el servicio de alquiler de vehículos tenga un impacto negativo sobre el medio ambiente y no merezca calificarse como “ecológico”; *ii*) el anuncio realizado por un comerciante en el que se compromete a plantar un árbol por cada bolsa de golosinas vendida, pese a que desde un primer momento ya tiene firmado un acuerdo por el que se obliga a plantar un determinado número de árboles con independencia de las bolsas de golosinas que al final venda⁷⁴.

30. Según la jurisprudencia comunitaria, el resultado al que conduce la actuación engañosa regulada por los artículos 5 LCD y 6 Directiva 2005/29/CE consiste en que “un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz” es “inducido a error” por entender que un determinado bien o producto posee “circunstancias de las que carece”⁷⁵. Y es que, como señala la doctrina, realmente en las dos modalidades de conductas a las que nos acabamos de referir se alcanza el mismo resultado: que la percepción de información por los destinatarios no se corresponde con la realidad, lo que les hace incurrir en error⁷⁶. Pero, además, para que pueda hablarse de una práctica engañosa se requiere que la información pueda alterar efectivamente el comportamiento económico del consumidor medio, es decir, que sea una información relevante, de modo que no pase inadvertida⁷⁷. Esto, llevado al asunto que aquí nos ocupa, supone que la declaración medioambiental debe referirse a aspectos significativos del producto (bien o servicio) desde el punto de vista de su impacto medioambiental. Además, ha de tratarse de declaraciones claras e inequívocas en cuanto a los concretos aspectos de los bienes o servicios (o de sus ciclos de vida) a los que van referidas. Razón por la cual podría considerarse enga-

⁷² Estos ejemplos son extraídos de la Guía relativa a la Directiva 2005/29/CE: v. su apdo. 4.1.1.3.

⁷³ Así, en la jurisprudencia, entre otras, la STS de 23 de mayo de 2005.

⁷⁴ Estos y otros ejemplos similares pueden verse en el apdo. 4.1.1.3. de la Guía sobre la Directiva 2005/29/CE.

⁷⁵ STJCE de 13 de enero del 2000, asunto C.220/98, *Estée Lauder Cosmetics*, apdo. 32. El consumidor medio es el que, según la doctrina y jurisprudencia, se toma de referencia a la hora de valorar el carácter veraz o engañoso del mensaje publicitario. Ahora bien, no hay que perder de vista que el parámetro siempre es el grupo de destinatarios al que vaya dirigido el mensaje, ya que hay contenido publicitario dirigido a grupos vulnerables, como pueden ser, por ejemplo, los menores de edad o los ancianos. Sobre el consumidor medio en la doctrina, entre otros: J. BERDAGUER MOSCA, “El estándar del consumidor medio en la publicidad engañosa”, *Doctrina y jurisprudencia de Derecho civil*, núm. 1, 2013, pp. 19 y ss.; T. HUALDE MANSO, *Del consumidor informado al consumidor real: el futuro del Derecho de consumo europeo*, Dykinson, 2016, pp. 11 y ss.

⁷⁶ J. MASSAGUER FUENTES, “Artículo 7”, en *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Ed. Civitas, Madrid, 1999, pp. 221 y 222, pone de manifiesto que la prohibición de estos actos es una exigencia de “verdad subjetiva”, puesto que lo relevante no es la correspondencia exacta de lo afirmado con la realidad, sino la impresión que puede generar el acto en los destinatarios.

⁷⁷ En palabras de B. PATIÑO ALVES, “El engaño en la publicidad”, *cit.*, p. 14, es necesario que “el error sea de cierta entidad”, esto es, “que incida sobre determinados aspectos relevantes del producto o servicio”; de modo que “la inexactitud sobre determinadas circunstancias irrelevantes o secundarios no obtiene la calificación de actos engañosos”. Al respecto v. la jurisprudencia que cita esta autora: entre otras, la SAP de Barcelona de 4 de mayo de 2005, la SAP de Córdoba de 23 de noviembre de 2007 y la STJUE (Sala 1ª) de 15 de marzo de 2012 (p. 14 y 15).

ñosa una declaración medioambiental a través de la cual un empresario destaca solo uno de los diversos impactos que el producto tiene sobre el medio ambiente⁷⁸. Por otra parte, el tenor literal del artículo 5.1 LCD [“información falsa” o “información que induzca o pueda inducir a error (...) siempre que incida sobre alguno de los siguientes aspectos”] lleva a concluir que, para considerar que un acto de competencia es engañoso, la falsedad o el error determinante del engaño ha de recaer necesariamente en alguno de los extremos recogidos *expressis verbis* en sus apartados a) a h) [entre otros: existencia o naturaleza de bien o servicio, precio o modo de fijarlo, características principales del bien o servicio, como su disponibilidad, sus beneficios, sus riesgos, etc.]. Esta exigencia, trasladada al asunto que aquí nos interesa relativo a las declaraciones de impacto medioambiental, nos lleva a concluir que tales declaraciones pueden incidir directamente sobre varios de los aspectos mencionados por la norma; en concreto, sobre las características principales de los bienes o servicios, sus beneficios, sus riesgos, sus procedimientos de fabricación, etc.

31. Además, dada la existencia en nuestro país del “Código de autorregulación sobre argumentos ambientales en comunicaciones comerciales” al que antes nos referimos, interesa tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 5.2 LCD, que reputa desleal la indicación por un empresario de que tiene vinculación con un código de conducta e incumplir alguno de los compromisos asumidos en dicho Código, siempre que tales compromisos sean firmes, puedan ser verificados y la conducta en cuestión sea susceptible de distorsionar de forma significativa el comportamiento económico del destinatario. Según la mejor doctrina que analiza esta norma, la deslealtad de las prácticas reguladas en ella requiere la concurrencia de varios presupuestos⁷⁹: *i)* Los primeros están relacionados con la idoneidad del incumplimiento para inducir a error al destinatario y son la exigencia de indicación por el empresario de que está vinculado a un código de conducta o bien la publicación del compromiso de cumplir un determinado código de conducta, junto a la firmeza y verificabilidad de ese compromiso. Bien entendido que dicho compromiso (firme y verificable) ha de contener un mandato distinto de los que se contienen en las leyes, esto es, no puede tratarse de una mera reiteración de un mandato legislativo⁸⁰. *ii)* Junto a lo anterior, la conducta ha de ser apta para distorsionar el comportamiento económico del destinatario. La inducción a error queda absorbida por el incumplimiento del compromiso al tratarse de un efecto natural e inevitable de él. De modo que una vez que se comprueba el incumplimiento, ya no es necesario verificar si se ha producido además un error en el destinatario, pues se entiende que este habrá tenido lugar si concurren los presupuestos directamente vinculados con la generación de expectativas infundadas. Por tanto, el incumplimiento no es sino la demostración de la falsedad del compromiso firme y verificable anunciado y, por consiguiente, la prueba misma de la falsa representación de la realidad generada en los destinatarios⁸¹.

c) Normas sobre prácticas engañosas por omisión

32. De los artículos 7 LCD y 7 Directiva 2005/29/CE se deduce que una conducta es considerada engañosa por omisión cuando conlleve la ocultación de la información necesaria para que el consumidor pueda adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico con pleno conocimiento de causa. A estos efectos, se ha de entender por “información necesaria” aquella que se requiere para que el destinatario, según el contexto, pueda adoptar o poder adoptar una decisión con un consentimiento verdaderamente informado⁸². Además, esta regulación permite encuadrar dentro de los actos de engaño pasivos o por omisión aquellas conductas que ofrecen una información poco clara, ininteligible, ambi-

⁷⁸ Apdo. 4.1.1.3. de la Guía sobre la Directiva 2005/29/CE.

⁷⁹ J. MASSAGUER FUENTES, “Códigos de conducta y competencia desleal: aspectos sustantivos y procesales”, *InDret*, núm. 2, 2011, pp. 1 y ss.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 17.

⁸¹ *Ibidem*, p. 23 y ss.

⁸² Aunque el artículo 20.1 TRLGDCU especifica la información que, en todo caso, será sustancial, incluyendo: denominación del empresario, características esenciales del bien o servicio, precio final completo, modalidades de pago y derecho de desistimiento (C. LEMA DEVESA, “La publicidad engañosa y la exageración publicitaria”, *cit.*, pp. 379 y ss.).

gua o extemporánea, o que ocultan el propósito comercial de la práctica, cuando este no resulte evidente por el contexto⁸³. Por otra parte, al igual que en el caso del engaño activo o por acción, en este otro tipo de engaño se exige también que la ocultación de la información necesaria o sustancial sea susceptible de influir en el comportamiento económico de los consumidores⁸⁴. En concreto, en atención a lo dispuesto en la regulación a la que nos referimos, la omisión engañosa comprende seis supuestos: *i*) la falta total de información necesaria o la ocultación de esa información; *ii*) la información ofrecida de forma poco clara; *iii*) la información que resulte ininteligible; *iv*) la información ambigua; *v*) la información facilitada en un momento que no sea el adecuado; y, por último, *vi*) la publicidad encubierta (artículo 7 LCD).

33. La aplicación de la regulación del engaño por omisión al sector de las declaraciones ecológicas y medioambientales permite formular las reglas siguientes⁸⁵: *i*) para que estas declaraciones no puedan ser consideradas poco claras, ambiguas o ininteligibles —y, por tanto, engañosas—, es aconsejable que se completen con especificaciones relevantes o declaraciones interpretativas relativas al impacto ambiental del bien o servicio, lo que puede realizarse, por ejemplo, limitando la declaración solo a determinados beneficios medioambientales; *ii*) ahora bien, si estas declaraciones se realizan en el envase del bien o a través de otros canales de comunicación (como revistas, vallas publicitarias, carteles, etc.) que posean un espacio limitado para las especificaciones, la ubicación de la declaración ecológica principal y la información adicional relativa a ella deben permitir a un consumidor medio comprender el vínculo existente entre ambas; *iii*) en los casos en que no exista espacio para matizar la declaración medioambiental, esta, por regla general, no deberá hacerse; *iv*) no obstante lo expuesto, en algunos supuestos puede justificarse el uso de una declaración sobre beneficios generales medioambientales sin más matizaciones o especificaciones; caso, por ejemplo, de los productos dotados de declaración ecológica que están cubiertos por el Reglamento (UE) 2018/848 sobre producción agrícola y etiquetado de los productos ecológicos⁸⁶.

34. Como ejemplos de declaraciones medioambientales que, en general, merecerían considerarse engañosas por omisión cabría citar, entre otras, las siguientes: *i*) presentar ciertas declaraciones medioambientales de forma muy destacada (por ejemplo, en la parte frontal del envase del bien), y optar por dejar las especificaciones a dichas declaraciones en un lugar bastante más recóndito; *ii*) realizar declaraciones de carácter medioambiental de forma vaga, como el uso de los términos “ecológico” y “orgánico”, y situar las oportunas matizaciones en un sitio web o en otra página, pues las matizaciones para declaraciones tan vagas como las indicadas han de colocarse junto a ellas; *iii*) o, en el caso de declaraciones televisivas, realizar las oportunas especificaciones o aclaraciones a las declaraciones ecológicas a través del *scroll* que discurre por la parte inferior de la pantalla con un tiempo insuficiente para una fácil lectura por parte de los destinatarios⁸⁷.

⁸³ No hay que dejar de lado el hecho de que el legislador modera el alcance de esta norma en su apartado 2º, al indicar que cuando, por razón del medio de comunicación utilizado, existan limitaciones espaciales o temporales, para valorar la existencia de una omisión de información se tomarán en consideración estas limitaciones y todas las medidas que haya adoptado el empresario para transmitir la información necesaria por otros medios.

⁸⁴ Aunque el legislador español en el artículo 7 LCD se aparta del concepto plasmado en el artículo 7 de la Directiva de prácticas comerciales desleales (DPCD), en el que se exige que la información sea “sustancial”, se ha sostenido que “los términos *sustancial* y *necesario*, aplicados a la información, deberían interpretarse de forma análoga, por una parte, porque la normativa nacional deberá cumplir lo dispuesto en la DPCD. Y, por otra parte, porque solo la omisión de la información sustancial o necesaria será la causa de un engaño. En efecto, si un anunciante omitiese datos accesorios o secundarios sobre los productos y/o servicios, estos no podrían ser el motivo de una omisión engañosa, puesto que la información contendría características esenciales, que proporcionarían al consumidor los detalles suficientes para tomar una decisión con conocimiento de causa” (B. PATIÑO ALVES, “El engaño en la publicidad”, *cit.*, p. 23).

⁸⁵ V. apdo. 4.1.1.4. de la Guía sobre la Directiva 2005/29/CE.

⁸⁶ Reglamento (UE) 2018/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, sobre producción ecológica y etiquetado de los productos ecológicos y por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 834/2007 del Consejo, *DOUE* L 150, de 14 junio 2018, disponible en la dirección electrónica: <https://www.boe.es/doue/2018/150/L00001-00092.pdf>.

⁸⁷ Este último supuesto ha sido calificado en ciertas ocasiones por el Jurado de la Publicidad de Autocontrol como un caso de engaño por omisión: B. PATIÑO ALVES, “El engaño en la publicidad”, pp. 29 y ss.

35. Por último, hemos de poner de manifiesto, en la dirección apuntada por un sector de la doctrina, que, en los casos en que la información suministrada es poco clara, ininteligible o ambigua, así como en los de difusión en un momento inadecuado, realmente parece no existir omisión, por lo que tales supuestos debieron incluirse por el legislador en el marco de los actos de engaño activos o por acción regulados en los artículos 5 LCD y 6 Directiva 2005/29/CE⁸⁸. Aunque, en cualquier caso, se estará de acuerdo en que ya se incluya una declaración medioambiental o ecológica en los artículos 5 LCD o 6 Directiva 2005/29/CE o en los artículos 7 LCD o 7 Directiva 2005/29/CE, lo cierto es que las consecuencias son las mismas, pues en ambos casos estamos ante actos de engaño y, por tanto, desleales, frente a los cuales pueden ejercitarse las acciones por competencia desleal legalmente reconocidas⁸⁹.

d) Normas sobre prácticas engañosas per se o en cualquier circunstancia

36. Frente a las conductas de *greenwashing* o blanqueo ecológico pueden también utilizarse determinadas cláusulas especiales que tipifican comportamientos engañosos reputados *per se* desleales (o, si se prefiere, desleales en cualquier circunstancia) por lesionar los intereses de los consumidores y usuarios. Dichas cláusulas se contienen en el Anexo I Directiva 2005/29/CE y en los artículos 21 y 27.1 LCD. Entre estos comportamientos, cabe citar los siguientes: *i*) la afirmación por parte de un empresario o profesional de estar adherido a un código de conducta sin que ello sea cierto (por ejemplo: un empresario español declara en su publicidad que ha firmado el “Código de autorregulación sobre argumentos ambientales en comunicaciones comerciales” cuando realmente no es así); *ii*) la declaración empresarial de que un determinado código de conducta ha recibido el refrendo de un organismo público o de otro tipo sin que esto sea verdad (por ejemplo: un empresario afirma ante los consumidores que el código de conducta de su empresa turística está aprobado por la Agencia de Medio Ambiente sin que exista dicha aprobación); *iii*) la exhibición por un empresario o profesional de un sello de confianza o de calidad o un distintivo equivalente sin haber obtenido la autorización necesaria (por ejemplo: un profesional emplea sin autorización en su actividad promotora de la contratación una etiqueta nacional o de la Unión Europea, como, entre otras, la etiqueta ecológica de la Unión); *iv*) la afirmación de que un empresario o profesional, sus prácticas comerciales, o un bien o servicio han sido aprobados, aceptados o autorizados por un organismo público o privado, o hacer esa afirmación sin cumplir las condiciones de la aprobación, aceptación o autorización (por ejemplo: un comerciante declara falsamente que un determinado vehículo cumple los términos de la legislación sobre homologación de tipo, utilizando dispositivos de desactivación ilegales); y, finalmente, *v*) la presentación de los derechos que confiere la legislación a los consumidores y usuarios como si fueran una característica distintiva de la oferta del empresario o profesional (por ejemplo: un comerciante declara en su publicidad que uno de sus productos está libre de ciertas sustancias cuando resulta que el uso de las mismas no está legalmente permitido)⁹⁰.

C) La utilidad de la cláusula especial de violación de normas para los incumplimientos de los deberes de información sobre sostenibilidad impuestos legalmente

37. Como señalamos más arriba, las empresas están obligadas a cumplir determinados deberes de información en materia de sostenibilidad. Así lo corroboran (como también indicamos *supra*), por un

⁸⁸ En palabras de PATIÑO: “nos mostramos partidarios de la postura que al respecto mantiene el profesor LEMA DEVESA, al subrayar que, *evidentemente, en los casos de información poco clara, ininteligible o ambigua, y en el de difusión en un momento inadecuado, no existirá omisión*. La referencia a la información poco clara, ininteligible o ambigua, como conducta distinta de la omisión de información, exige que estos tres tipos de conductas se incluyan en el marco de las *acciones engañosas*, pero no en el ámbito de las “*omisiones engañosas*” (“El engaño en la publicidad”, *cit.*, pp. 29 y ss.). Más adelante concluye esta autora que “la imprecisión, ambigüedad, inoportunidad e ilegibilidad de la información para promocionar una práctica comercial son conductas ya tipificadas en el artículo 5 LCD, como actos de engaño en sentido abstracto”.

⁸⁹ Como expusimos en MIRANDA ANGUIA, A., “Soluciones jurídicas a la letra pequeña de la publicidad y del contrato”, *Diario La Ley*, núm. 9903, 2021, pág. 15.

⁹⁰ Apartado 4.1.1.6. de la Guía sobre la Directiva (2005/29/CE).

lado, la Directiva 2014/95/UE sobre divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos⁹¹, y, por otro, el Reglamento 2019/2088 sobre la divulgación de información relativa a la sostenibilidad en el sector de los servicios financieros⁹², también conocido por el acrónimo SFDR (*Sustainable Finance Disclosure Regulation*), posteriormente modificado por el Reglamento 2020/852⁹³.

38. Ciñéndonos a las entidades financieras, hemos de afirmar que, lógicamente, ningún problema jurídico se presenta cuando dichas entidades cumplen los deberes de información sobre sostenibilidad a los que están obligadas. Entre ellos, cabe mencionar los siguientes: *i)* deberes de divulgación precontractual, consistentes en proporcionar información sobre cómo consideran los factores de sostenibilidad en sus procesos de inversión antes de que un cliente adquiera un producto financiero; *ii)* deberes de divulgación periódica acerca de cómo integran los factores de sostenibilidad en sus procesos de inversión y cómo dichos factores afectan a sus productos; *iii)* deberes de divulgación de políticas de remuneración dirigidos a revelar cómo los factores de sostenibilidad están reflejados en sus políticas de remuneración de empleados que desempeñan funciones relevantes en cuanto a inversión; *iv)* deberes de información detallada sobre los productos que ofrezcan con características sostenibles, en el caso de que así lo hagan; *v)* y si no toman en consideración los factores de sostenibilidad en sus decisiones de inversión, deberes de informar acerca de las razones explicativas de por qué no lo hacen.

39. Los problemas surgen cuando las entidades destinatarias de estos deberes los incumplen total o parcialmente. En tales casos, cabría hablar de supuestos de *greenwashing* o blanqueo ecológico, ya que a través de estas prácticas las entidades financieras pueden obtener determinadas ventajas competitivas, bien no divulgando de manera precisa y transparente el modo en que integran los factores de sostenibilidad en sus procesos de inversión, bien exagerando o tergiversando sus iniciativas en materia de sostenibilidad. En concreto, los incumplimientos de los deberes de información que merecen considerarse supuestos de *greenwashing* o blanqueo ecológico pueden incluir supuestos de falta de información (al no ofrecerse la información exigida por la ley), información engañosa (al presentarse la información de manera exagerada para dar la impresión de que los productos son más sostenibles de lo que realmente son) y ausencia de pruebas demostrativas (al no fundamentarse las afirmaciones sobre sostenibilidad en datos sólidos y precisos).

40. Tras la afirmación anterior, la pregunta que surge inmediatamente consiste en determinar dentro de qué concreta cláusula de deslealtad tienen encaje dichos incumplimientos. La respuesta no es difícil de encontrar. Por un lado, parece evidente que, al tratarse de deberes de información impuestos por la ley, les sería de aplicación el artículo 15 LCD. En concreto, su apartado 2 que considera desleal “la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial”. Sobre todo, porque no parece erróneo entender que las normas que imponen los deberes a los que nos referimos merecen la condición de reguladoras de la actividad concurrencial⁹⁴. Pero, por otro

⁹¹ *Cit. supra*.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ También *cit. supra*. Al respecto, sobre estas normas, entre otros muchos: M. ENCISO ALONSO-MUÑUMER, “Transparencia y sostenibilidad: nuevos retos de la información no financiera”, *RDMV*, núm. 27, 2220; P. GUTIÉRREZ, “Divulgación de información relativa a la sostenibilidad y la regulación bancaria en la Unión Europea”, *Revista Diecisiete*, núm. 5, 2021; L. QUAGLIA y S. PAGLIARI, *Sustainable Finance in Europe: Anchoring Sustainability in Financial Institutions*, 2020; A.J. TAPIA HERMIDA, “Sostenibilidad financiera en la Unión Europea”, *La Ley Unión Europea*, núm. 77, 2020.

⁹⁴ Norma concurrencial, a los efectos del artículo 15.2 LCD, es toda aquella destinada a regular el comportamiento competitivo, ya sea con la finalidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado o no, y con independencia de que su naturaleza sea privada o pública: A. EMPARANZA SOBEJANO, “Artículo 15. Violación de normas”, en AA.VV. (Dir. MARTÍNEZ SANZ), *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*, Ed. Tecnos, Madrid, 2009, p. 263. Para el Tribunal Supremo normas concurrenciales son las que tienen “por objeto la regulación de la actividad concurrencial, esto es, han de estar destinadas directamente a cumplir la función de ordenar el mercado y disciplinar las conductas competitivas de quienes en él participan”: STS de 16 de febrero de 2011 (RJ 2011/3315). Más información al respecto en: J. ALFARO ÁGUILA-REAL, “Competencia desleal por infracción de normas”, en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 202, 1991, pp. 673 y ss.; J. MASSAGUER FUENTES, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Ed. Civitas, Madrid, 1999, pp. 441; F. CARBAJO GASCÓN, “Artículo 15. Violación de normas”, en

lado, a estos comportamientos también les serían aplicables las cláusulas especiales reguladoras de los actos de engaño por acción (artículo 5 LCD) o por omisión (artículo 7 LCD) en los términos que hemos analizado previamente. Por tanto, nos encontramos aquí ante un concurso de normas, en la medida en que son dos las cláusulas de deslealtad de posible aplicación a estos comportamientos. Como se sabe, el concurso de normas es un concepto propio del Derecho penal, aunque de ese ámbito iuspublicista se ha extendido también al campo del Derecho privado. En el ámbito penal, con dichos términos se alude a la situación que tiene lugar cuando un solo hecho puede ser calificado con arreglo a dos o más normas, pero solo una de ellas debe ser aplicada para no vulnerar el principio *ne bis in idem*. En el terreno del Derecho privado, que es el que aquí nos interesa, en casos de concurso de normas el jurista suele tratar de averiguar qué norma es la general y qué otra la especial, con vistas a aplicar la regla clásica según la cual la ley especial deroga a la general (*lex specialis derogat generalis*). Ahora bien, hay casos en los que esta regla no es aplicable por no poder calificarse una norma como especial y la otra como general. Y eso es precisamente lo que ocurre en este caso. Ambas cláusulas, es decir, tanto la relativa a los actos de engaño como la referida a la violación de normas, son normas especiales, por lo que las dos pueden invocarse ante la autoridad judicial para tratar de combatir los comportamientos objeto de análisis. Sobre todo, porque en estos supuestos, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho penal, la sanción impuesta habrá de ser la misma con independencia de cuál sea la norma aplicada⁹⁵.

3. Perspectiva de *lege ferenda*: iniciativas regulatorias sobre la deslealtad del blanqueo ecológico o *greenwashing* en el ámbito de la Unión Europea

A) Consideraciones preliminares

41. Aunque, como acabamos de exponer, la normativa vigente contiene instrumentos susceptibles de hacer frente a las conductas que analizamos, cabe hablar de una tendencia a adoptar medidas específicas en este ámbito, con la finalidad de intensificar la protección de los consumidores y usuarios frente a las conductas de blanqueo ecológico o *greenwashing*⁹⁶. Prueba de ello es, por ejemplo, en Reino

AA.VV. (dir. A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Ed. Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 411 y ss.; ÍDEM, “Violación de secretos, inducción y aprovechamiento de la infracción contractual e infracción de normas”, en AA.VV. (dir. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ), *Tratado de Derecho de la competencia y de la publicidad*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, t. II, pp. 1599 y ss.; P. SOLER MASOTA, “Infracción de normas como acto de competencia desleal” en FERRANDIS GABRIEL, *Competencia desleal y defensa de la competencia*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002, pp. 191 y ss.; B. PEÑAS MOYANO, “La violación de normas concurrenciales y no concurrenciales como actos de competencia desleal”, en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 3, 2008, pp. 209 y ss.; J.I. FONT GALÁN y L.M. MIRANDA SERRANO, *Competencia desleal y antitrust. Sistema de ilícitos*, Ed. Marcial Pons, 2005, pp. 93 y ss.; y (en el ámbito de la economía colaborativa): L.M. MIRANDA SERRANO, “La determinación de la naturaleza jurídica de los servicios que prestan las plataformas digitales en la economía colaborativa”, *La Ley Mercantil*, núm. 50, 2018, pp. 1 y ss.; ídem, “Economía colaborativa desde la competencia desleal”, *Cuadernos de derecho para ingenieros 46 (dedicado a la Economía colaborativa)*, Ed. Wolters Kluwer España, 2018, pp. 115 y ss. Al abordar la problemática del uso publicitario de la letra pequeña también hicimos referencia al artículo 15.2 LCD en A. MIRANDA ANGUIA, “Soluciones jurídicas...”, *cit.*, págs. 16 y ss.

⁹⁵ En este sentido nos hemos pronunciado en A. MIRANDA ANGUIA, “El incumplimiento por las entidades financieras de sus deberes de información sobre sostenibilidad: un análisis desde la competencia desleal”, en J. BATALLER, J. BOQUERA, R. MARI-MÓN, y J. MARTÍ (DIRS.), *Libro de actas del Congreso Internacional Sostenibilidad y Derecho del Sistema Financiero*, 2023, pp. 87 y ss., disponible en la dirección electrónica: <https://rdsfin.com/wp-content/uploads/2023/11/Libro-Congreso-Internacional-Sostenibilidad.pdf>.

⁹⁶ Es cierto, no obstante, que no existe una opinión generalizada sobre la necesidad de estas nuevas acciones, pues en algunos casos se piensa que es suficiente con el Derecho vigente para combatir las prácticas de *greenwashing*; así, por ejemplo, en relación con el Derecho brasileño: K. SILVA CARCHEDI y W. MARTINEZ HEINRICH FERRER, “A tutela jurídica do consumidor nas práticas empresariais de greenwashing”, disponible [en línea] en https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/5/2020_05_1223_1246.pdf (fecha de última consulta: 30 noviembre 2023). Sin embargo, a favor de adoptar nuevas medidas en la materia, con referencia al Derecho estadounidense: R. ROTMAN, C. GOSSETT and H. GOLDMAN, “Greenwashing no more...”, *cit.*, y, para el ámbito específico de la industria de la moda —también en relación con los Estados Unidos—, K.A. WEST, “Goodbye to greenwashing in the fashion industry: Greater enforcement and Guidelines”, *North Carolina Law Review*, vol. 101, núm. 3, 2023, disponible [en línea] en <https://scholarship.law.unc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6922&context=nclr> (fecha de última consulta: 30 noviembre 2023); también: K.R. FOWLER, “A Consumer’s Guide to Greenwashing”, *Marketing Undergraduate Honors Theses*,

Unido la Guía de la Autoridad de la Competencia y los Mercados sobre reclamaciones medioambientales de bienes y servicios⁹⁷. En el ámbito de la Unión Europea, que es el que más nos interesa, hay que destacar, por una parte, la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica las Directivas 2005/29/CE y 2011/83/UE en lo que respecta al empoderamiento de los consumidores para la transición ecológica y una mejor información (a la que en adelante nos referiremos como Propuesta de Directiva sobre transición ecológica)⁹⁸, y, por otra parte, la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la justificación y comunicación de alegaciones medioambientales explícitas (Directiva sobre alegaciones ecológicas), que se presenta como un complemento de la Propuesta de Directiva mencionada en primer lugar⁹⁹.

B) La Propuesta de Directiva sobre transición ecológica

a) Introducción

42. La Propuesta de Directiva bajo análisis, según se desprende de su Exposición de Motivos, se configura como una iniciativa regulatoria de naturaleza dual, al abordar aspectos tanto públicos como privados en el actual escenario de transición ecológica. En el ámbito *político-legislativo*, su objetivo primordial consiste en impulsar la transformación de la economía de la Unión Europea hacia un modelo circular, limpio y ecológico. Asimismo, busca facultar a los consumidores y usuarios para que tomen decisiones de consumo más sostenibles, suministrándoles información clara y precisa. Por otro lado, en el *plano técnico-jurídico*, este texto normativo se propone, en esencia, mejorar los derechos de los consumidores y usuarios mediante la modificación de dos directivas clave: la Directiva 2005/29/CE, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas con los consumidores, y la Directiva 2011/83/UE, sobre los derechos de los consumidores¹⁰⁰. En concreto, esta modificación normativa persigue: *i*) evitar las prácticas de *greenwashing* o blanqueo ecológico, promoviendo una mayor transparencia en el mercado (que es el asunto que aquí nos interesa); y *ii*) proteger a los consumidores de la información engañosa sobre la durabilidad y reparabilidad de los productos, es decir, de las prácticas de obsolescencia programada (lo que queda al margen de nuestra preocupación en este trabajo)¹⁰¹.

43. En general, cabe sostener que con esta Propuesta de Directiva el legislador comunitario busca fortalecer la regulación existente, estableciendo medidas más claras y concretas para abordar de

disponible [en línea] en la siguiente dirección electrónica: <https://scholarworks.uark.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1078&context=mktguht> (fecha de última consulta: 30 noviembre 2023). La última autora citada pone de manifiesto cómo en los últimos 37 años, desde que surgió el término *greenwashing*, ha habido pocos intentos de regular esta materia en los Estados Unidos. La Comisión Federal de Comercio (FTC) creó en 1992 sus Guías o Directrices para el uso de alegaciones de marketing medioambiental (conocidas también como las Guías Verdes). Estas han sido revisadas en tres ocasiones: 1996, 1998 y 2012, con vistas a ser efectivas ante el aumento de prácticas de *greenwashing*. Sin embargo, se trata de normas interpretativas que no confieren a la FTC competencias para hacerlas cumplir, a menos que pueda probarse que una alegación medioambiental viola la sección 5ª de la *FTC Act*. Por ello esta autora aboga por la necesidad de introducir mejoras para que las Guías Verdes sean más eficaces, haciendo de ellas normas vinculantes.

⁹⁷ COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY (CMA), *Guidance on environmental claims...*, *cit.*; al respecto y, en general, sobre los instrumentos de lucha contra el *greenwashing* en el Reino Unido: K. HAWKINS, “False environmental claims: an analysis of the legality of corporate greenwashing in the UK and evaluating if there is a need for reform”, *Plymouth Law & Criminal Justice Review*, vol. 15, 2020, disponible [en línea]: <https://plymouthlawreview.org/vol15/Katie%20Hawkins%20False%20Environmental%20Claims.pdf>. Fecha de última consulta: 30 noviembre 2023.

⁹⁸ COM(2022) 143 final, Bruselas, 30 marzo 2022, disponible en la siguiente dirección electrónica: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A52022PC0143>.

⁹⁹ COM(2023) 166 final, Bruselas, 22 marzo 2023, disponible [en línea] en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52023PC0166>.

¹⁰⁰ Sobre la Directiva 2005/29/CE puede verse, por todos: J. MASSAGUER FUENTES, *El nuevo derecho contra la competencia desleal: la Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales*, Thomson Civitas, 2006, *passim*; acerca de la Directiva 2011/83/UE: L.M. MIRANDA SERRANO, “La Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores: una nueva regulación para Europa de los contratos celebrados a distancia y extramuros de los establecimientos mercantiles”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 11, 2012, pp. 77 y ss.

¹⁰¹ C. VENDRELL CERVANTES y C. SUANZES DíEZ, “Greenwashing y prácticas...”, *cit.*, p. 162-164.

manera eficaz los problemas derivados del blanqueo ecológico o *greenwashing*, lo que se espera que redunde en beneficio no solo de los consumidores y usuarios sino de la ciudadanía en general. Las principales medidas se desarrollan en el artículo 1 de la Propuesta de Directiva y afectan principalmente a tres aspectos de la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas desleales de las empresas con los consumidores: i) *Modificaciones en el artículo 2 relativo a las definiciones*, aclarando lo que debe entenderse por “alegación medioambiental”, “alegación medioambiental explícita”, “alegación medioambiental genérica”, “etiqueta de sostenibilidad” o “sistema de certificación”; ii) *Modificaciones en los artículos 6 y 7*: Primeramente, en lo relativo al engaño por acción, añadiendo nuevos elementos a la lista de extremos sobre los que debe versar la información para inducir a error [artículo 6.1.b)] y dos motivos adicionales de engaño [letras c) y d) del artículo 6.2]. Además, se incorpora al engaño por omisión un elemento adicional dentro de la lista de información fundamental en el caso de prácticas comerciales específicas (artículo 7.7), cuya inadvertencia puede hacer que la práctica comercial constituya un acto de engaño por omisión. iii) Por último, *adición de diez nuevas prácticas al anexo I* donde se contiene el listado de prácticas consideradas desleales *per se* (conocido como *black list*), esto es, en cualquier circunstancia, de las cuales cuatro son relativas a alegaciones medioambientales.

b) Medidas concretas que se proponen

44. De forma sintética, las medidas más importantes que se contienen en este texto proyectado pueden concretarse en las que se formulan a continuación.

45. En cuanto a las modificaciones propuestas en relación con el artículo 2 de la Directiva 2005/29/CE, que —como hemos avanzado— tienen como propósito la introducción de una serie de *definiciones relacionadas con las alegaciones medioambientales y la sostenibilidad*, nos parece de especial interés y relevancia la incorporación de los conceptos de “alegación medioambiental” y de “sistema de verificación” (este último, como veremos, en relación con la modificación del artículo 6.2 de la Directiva 2005/29/CE). En concreto, la definición de “alegación medioambiental” incluye todo mensaje o representación, sin importar su forma (ya sea pictórica, gráfica o simbólica o incluso denominaciones sociales o nombres comerciales de productos) que, en el contexto de una comunicación comercial “indique[n] o implique[n] que un producto o un comerciante tiene un impacto positivo o nulo en el medio ambiente, es menos perjudicial para el medio ambiente que otros productos o comerciantes, respectivamente, o ha mejorado su impacto a lo largo del tiempo”. La amplitud de esta definición permite sostener que, en la práctica, toda afirmación, signo distintivo o representación visual vinculada de forma directa o indirecta con el medio ambiente haya de ser catalogada, en principio, como una alegación medioambiental¹⁰². Por otro lado, se propone también una definición de “sistema de certificación”, entendiendo como tal el desarrollado por “terceros” (considerándose que entra dentro de concepto de “tercero” toda entidad independiente tanto del titular del sistema como del comerciante), al que pueden acudir los empresarios que así lo deseen en igualdad de condiciones, con el propósito de obtener la certificación de que un producto (bien o servicio) cumple con requisitos ecológicos o medioambientales específicos. Esta supervisión debe realizarse de forma objetiva, esto es, basándose en normas y procedimientos internacionales, comunitarios o nacionales.

46. En lo que se refiere a las *prácticas engañosas por acción*, actualmente reguladas en el artículo 6.1.b) de la Directiva 2005/29/CE, la Propuesta introduce tres nuevos elementos a la lista de aspectos sobre los cuales debe ser proporcionada la información para inducir a error. En concreto, en lo que nos concierne, se incluye en este listado el “impacto medioambiental o social de los productos”. Es importante destacar que, tanto para las alegaciones medioambientales como sociales, es requisito fundamental que estén relacionadas con un producto (bien o servicio) para apreciar la existencia de engaño. Por lo demás, el precepto reformado mantiene los mismos requisitos y sistemática que posee en la actualidad.

¹⁰² *Ibidem*, cit., p. 164.

En consecuencia, para considerar que una alegación sobre el “impacto medioambiental o social” de los productos es engañosa, debe contener información falsa o información que, aunque sea correcta, pueda inducir a error al consumidor y llevarlo a tomar una decisión sobre una transacción que, de otro modo, no hubiera tomado. Por último, interesa señalar la ausencia en la Propuesta de Directiva de una definición de los términos “impacto social de los productos”, lo que puede causar dudas en el intérprete. Con todo, creemos que procede aquí una interpretación sistemática que tenga en cuenta lo que dice el Considerando 3 de la Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva, donde se enumeran algunos ejemplos de lo que se ha de entender por “sostenibilidad social”, con alusión expresa a las alegaciones relativas a “las condiciones de trabajo, las contribuciones a la beneficencia o el bienestar animal”¹⁰³.

47. En lo que respecta a las *prácticas engañosas por confusión* la Propuesta de Directiva contempla modificar el artículo 6.2 de la Directiva 2005/29/CE que, como se sabe, es el precepto regulador de las prácticas engañosas por confusión [en su inciso a)] y por incumplimiento de códigos de conducta [en su inciso b)]. En tal sentido, propone incluir dos motivos adicionales de engaño: *i)* realizar “una alegación medioambiental relacionada con el comportamiento medioambiental futuro sin compromisos y metas claros, objetivos y verificables y sin un sistema de supervisión independiente” [como nuevo inciso c)]; y *ii)* “anunciar beneficios para los consumidores que se consideren una práctica habitual en el mercado pertinente” [como nuevo inciso d)]. Probablemente, desde un punto de vista práctico, esta modificación pueda considerarse una de las más relevantes de la Propuesta. En concreto, destaca la exigencia [contenida en el nuevo inciso c)] de que los compromisos relacionados con el comportamiento medioambiental futuro no solo deban ser “claros, objetivos y verificables”, sino que además hayan de estar sometidos a un “sistema de verificación independiente” que permita supervisar el progreso del comerciante en cuanto a las metas y los compromisos establecidos. La duda persiste en cuanto a si esta verificación independiente debe ser llevada a cabo por terceros o si puede ser realizada internamente con las adecuadas garantías de objetividad e independencia, ya que la definición de “sistema de verificación independiente” no se incluye en la modificación del artículo 2 de la Directiva 2005/29/CE. No obstante, sí se proporciona una definición de “sistema de certificación”, el cual, como hemos expuesto más arriba, implica una verificación realizada por terceros ajenos tanto al comerciante como al titular del sistema. Ahora bien, dado que el referido “sistema de certificación” representa un sistema de verificación específico y riguroso, nos parece que cabría concluir que el legislador comunitario europeo ha empleado el concepto de “sistema de verificación independiente” para distinguirlo del “sistema de certificación”. Razón por la cual coincidimos con la doctrina que se muestra partidaria de entender que la verificación a la que nos referimos no tiene que ser realizada necesariamente por terceros, pudiendo considerarse suficiente un sistema de verificación interno que garantice su objetividad e independencia¹⁰⁴.

48. En materia de *prácticas engañosas por omisión* (contempladas en el artículo 7 de la Directiva 2005/29/CE), la Propuesta de Directiva plantea la inclusión de un elemento adicional en la lista de información esencial en el caso de prácticas comerciales específicas, cuya omisión podría conducir a considerar que la práctica comercial en cuestión es engañosa. En concreto, se amplía esta lista para advertir que “cuando un comerciante preste un servicio que compare productos, incluso a través de una herramienta de información sobre la sostenibilidad, se considerarán fundamentales la información sobre el método de comparación, los productos objeto de la comparación y los proveedores de dichos productos, así como las medidas para mantener la información actualizada”. A nuestro juicio, esta modificación merece una valoración positiva, puesto que se corresponde con los objetivos de la Propuesta de Directiva y proporciona una mayor seguridad jurídica en la interpretación del concepto de “omisión engañosa”, facilitando la tarea al juzgador e intensificando las exigencias de información en lo referente a sostenibilidad; en concreto, al exigir que se proporcionen detalles en el contexto de la comparación de productos, lo que en no pocos casos influye en la decisión económica del consumidor¹⁰⁵. Al requerir

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 165.

¹⁰⁵ Como lo evidencia la tercera encuesta sobre el clima (2020-2021) llevada a cabo por el Banco Europeo de Inversiones

información sobre el método de comparación, los productos involucrados y sus proveedores, así como sobre las medidas adoptadas para mantener dicha información actualizada, se brinda a los consumidores una base sólida para tomar decisiones informadas y conscientes, promoviendo la transparencia en el mercado y contribuyendo a un entorno comercial más equitativo y confiable.

49. Por último, la Propuesta de Directiva fija *nuevas prácticas desleales per se*, lo que supone ampliar el listado de prácticas comerciales consideradas desleales en cualquier circunstancia (contenido, como se sabe, en el Anexo I de la Directiva 2005/29/CE). En concreto, las prácticas propuestas para añadirse a dicho listado y de especial interés para nuestro estudio son las siguientes: *i*) “exhibir una etiqueta de sostenibilidad que no esté basada en un sistema de certificación o que no haya sido establecida por las autoridades públicas”; *ii*) “realizar una alegación medioambiental genérica en relación con la cual el comerciante no pueda demostrar un comportamiento medioambiental excelente reconocido pertinente para la alegación”; *iii*) “realizar una alegación medioambiental sobre la totalidad del producto cuando en realidad solo se refiera a un determinado aspecto del producto”; y, finalmente, *iv*) “presentar los requisitos impuestos por la legislación a todos los productos de la categoría de productos pertinente en el mercado de la Unión como si fuera una característica distintiva de la oferta del comerciante”. Entre estas nuevas prácticas, destaca la prohibición de exhibir etiquetas de sostenibilidad que carezcan del respaldo de un sistema de certificación o que no hayan sido establecidas por las autoridades públicas competentes. En este aspecto, la Propuesta de Directiva es clara al explicar en sus definiciones previamente expuestas que los sistemas de certificación de las etiquetas de sostenibilidad deben ser implementados por terceros de manera transparente, equitativa y no discriminatoria. Se enfatiza también la importancia de que estos sistemas de certificación sean accesibles y se basen en criterios claros y objetivos¹⁰⁶. Además, también debe mencionarse, aunque en este caso por su amplitud y falta de precisión (inapropiada para una práctica comercial incluida en la *black list*), la prohibición de realizar una alegación medioambiental genérica en relación con la cual el empresario no pueda demostrar un comportamiento medioambiental excelente reconocido¹⁰⁷ (definido en el artículo 1.1.u de la Propuesta). A tal efecto, la Propuesta define las alegaciones medioambientales genéricas (en su artículo 1.1.q.) de manera amplia, incluyendo todas aquellas alegaciones medioambientales explícitas que no están incluidas en una etiqueta de sostenibilidad y en las cuales la especificación de la alegación no se facilite de manera clara y visible en el mismo soporte. Además, el mismo texto de la Propuesta, en su Considerando 9, prevé algunos ejemplos de alegaciones medioambientales genéricas como son, entre otras muchas, las siguientes: “inocuo para el medio ambiente”, “respetuoso con el medio ambiente”, “eco”, “verde”, etc.

50. En cualquier caso, parece que aún queda por determinar con precisión el contenido y la cantidad definitiva de prácticas que previsiblemente se incluirán en el Anexo I de la Directiva 2005/29/CE. Al respecto conviene señalar que recientemente se ha publicado un Informe sobre la Propuesta de Directiva que sugiere enmiendas al texto comunitario, específicamente al Anexo I, con el fin de agregar prácticas adicionales¹⁰⁸. Por ejemplo, se propone incluir la afirmación de que un producto o servicio

(EUROPEAN INVESTMENT BANK, *The EIB Climate Survey...*, *cit.*), donde se pone de manifiesto que los ciudadanos de la Unión Europea generalmente muestran predisposición a pagar un mayor precio por aquellos productos y/o servicios que conlleven mayores beneficios medioambientales o sociales. Es decir, las características ambientales pueden suponer notables ventajas competitivas. Por tanto, en materia de comparación de beneficios ambientales de productos, se ha de tener un especial cuidado para que el consumidor no sea inducido a error por el comerciante y tome decisiones económicas con conocimiento de causa.

¹⁰⁶ Así lo constatan C. VENDRELL CERVANTES y C. SUANZES DÍEZ, “*Greenwashing* y prácticas...”, *cit.*, p. 166. No obstante, como indica GUILLÉN, “sigue siendo posible exhibir etiquetas de sostenibilidad sin un sistema de certificación en el caso de las formas adicionales de expresión y presentación de alimentos de conformidad con el artículo 35 del Reglamento UE 1169/2011 (e.g. cuando la información se base en estudios rigurosos y válidos científicamente sobre los consumidores, que no induzca a engaño al consumidor): v. P. GUILLÉN, “El legislador de la UE ...”, *cit.*

¹⁰⁷ La Propuesta de Directiva define el concepto “comportamiento medioambiental excelente reconocido” como “un comportamiento medioambiental ajustado a lo dispuesto en el Reglamento (CE) n.º 66/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, a sistemas nacionales o regionales de etiquetado ecológico EN ISO 14024 de tipo I reconocidos oficialmente de conformidad con el artículo 11 del Reglamento (CE) n.º 66/2010, o un comportamiento medioambiental superior de conformidad con otra legislación aplicable a la Unión.

¹⁰⁸ Nos referimos al Informe sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican

tiene un impacto neutro o positivo sobre el medio ambiente en términos de emisiones de gases de efecto invernadero. De modo que si estas enmiendas son aceptadas durante el proceso parlamentario, la lista negra se ampliará más de lo inicialmente previsto¹⁰⁹. Por otra parte, el 19 de septiembre de 2023 el Consejo y el Parlamento europeos alcanzaron un acuerdo político provisional con respecto a esta Propuesta de Directiva. Aunque este acuerdo (no definitivo) mantiene los principales objetivos de la Propuesta de Directiva, incorpora algunos avances de relevancia. Entre ellos cabe mencionar los siguientes: *i*) mejora la credibilidad de las etiquetas de sostenibilidad, al definir los elementos clave del sistema de certificación en el que deben basarse, a menos que los establezcan las autoridades públicas; *ii*) aumenta la transparencia y el seguimiento de las alegaciones relacionadas con el futuro comportamiento medioambiental; *iii*) incluye las alegaciones injustas basadas en la compensación de las emisiones de gases de efecto invernadero en la lista de prácticas comerciales prohibidas; *iv*) y concede a los Estados miembros tiempo suficiente para adaptarse a los cambios legislativos, estableciendo un período de transposición de la Directiva de 24 meses de duración¹¹⁰.

C) La Propuesta de Directiva sobre alegaciones ecológicas

51. Esta otra Propuesta de Directiva, que también forma parte del conjunto de medidas del Nuevo Plan de Acción de Economía Circular adoptado en el año 2020 bajo el gran paraguas del Pacto Verde Europeo antes referido, se presenta como una regulación especial respecto de la que se contiene en la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales. Esto explica las remisiones que en esta Propuesta de Directiva se realizan a la Directiva 2005/29/CE, preocupada del no falseamiento del orden concurrencial en defensa, muy especialmente, de los intereses de los consumidores y usuarios¹¹¹.

52. La Unión Europea lleva ya un tiempo considerable advirtiendo de que la ausencia de reglas comunes para las empresas que realizan declaraciones ecológicas o ambientales de carácter voluntario promueve los comportamientos de *greenwashing* o blanqueo ecológico, y genera desigualdad entre los empresarios competidores. Por ello, con el propósito de remediar en la medida de lo posible estas situaciones no deseables para un correcto y eficiente funcionamiento del mercado, ha elaborado esta otra Propuesta de Directiva cuyo objetivo último estriba en garantizar que las etiquetas y declaraciones ambientales de las empresas sean creíbles, con la finalidad de proteger y reforzar la confianza por parte de los consumidores y, al mismo tiempo, impulsar la competitividad de los operadores económicos que se esfuerzan por integrar la sostenibilidad ecológica y medioambiental dentro de sus respectivas actividades¹¹².

53. El ámbito de aplicación material u objetivo de esta otra propuesta de normativa armonizadora lo constituyen “las alegaciones medioambientales explícitas realizadas por comerciantes sobre productos o comerciantes en prácticas comerciales de las empresas en sus relaciones con los consu-

las Directivas 2005/29/CE y 2011/83/UE, 12.04.2023, (COM(2022)0143 –C90128/2022 – 2022/0092(COD)), disponible [en línea] en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2023-0099_ES.html.

¹⁰⁹ En este sentido: C. VENDRELL CERVANTES y C. SUANZES DÍEZ, “Greenwashing y prácticas...”, *cit.*, p. 167.

¹¹⁰ CONSEJO EUROPEO, Comunicado de prensa: “El Consejo y el Parlamento alcanzan un acuerdo provisional dirigido a empoderar a los consumidores para la transición ecológica”, disponible en la dirección electrónica: <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2023/09/19/council-and-parliament-reach-provisional-agreement-to-empower-consumers-for-the-green-transition/>. Fecha de última consulta: 30 noviembre 2023.

¹¹¹ Una buena síntesis de esta propuesta de Directiva puede verse en A. GARCÍA VIDAL, “Propuesta de Directiva sobre alegaciones ecológicas”, en *Publicaciones Gómez Acebo & Pombo*, disponible en <https://www.ga-p.com/publicaciones/propuesta-de-directiva-sobre-alegaciones-ecologicas>, fecha de última consulta: 30 noviembre 2023. Al respecto, más ampliamente: M. CALVO CARMONA y C. SUANZES DÍEZ, “A vueltas con el *greenwashing*: la nueva Propuesta de Directiva sobre alegaciones medioambientales”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm., 62, 2023, pp. 212 y ss., disponible [en línea] en la dirección <https://www.uria.com/es/publicaciones/8583-a-vueltas-con-el-greenwashing-la-nueva-propuesta-de-directiva-sobre-alegaciones>, fecha de última consulta: 30 noviembre 2023.

¹¹² E. BELTRÁN y T. LOZANO, “La Comisión Europea propone nuevas obligaciones para evitar y sancionar el *greenwashing*”, disponible en la dirección: <https://www.tendencias.kpmg.es/2023/07/comision-europea-directiva-greenwashing/>, fecha de última consulta: 30 noviembre 2023.

midores”. Y, al respecto, se entiende que encaja dentro de los términos alegaciones medioambientales “todo mensaje o representación que no sea obligatorio con arreglo al Derecho de la Unión o al Derecho nacional, incluida la representación textual, pictórica, gráfica o simbólica, en cualquier forma, incluidas las etiquetas, las marcas comerciales, los nombres de empresas o los nombres de productos, en el contexto de una comunicación comercial, que indique o implique que un producto o un comerciante tiene un impacto positivo o nulo en el medio ambiente, es menos perjudicial para el medio ambiente que otros productos o comerciantes, respectivamente, o ha mejorado su impacto a lo largo del tiempo”. A la vista de estas definiciones, deberá reputarse alegación medioambiental a los efectos de esta normativa tanto la que “es enunciada en forma textual” como la que está “contenida en una etiqueta de sostenibilidad”.

54. La exigencia de que el mensaje o la representación no sean obligatorios (“todo mensaje o representación que no sea obligatorio con arreglo al Derecho de la Unión o al Derecho nacional...”) parece dejar fuera del ámbito de aplicación de esta normativa los supuestos de *greenwashing* o blanqueo ecológico consistentes en el incumplimiento por las entidades financieras de los deberes de información no financiera en materia de sostenibilidad que les impone el Reglamento (UE) 2019/2088 sobre divulgación de información relativa a la sostenibilidad en el sector de los servicios financieros (SFDR), más arriba mencionado, posteriormente modificado por el Reglamento 2020/852 (también aludido *supra*), pues en estos casos no cabe hablar de comportamientos voluntarios sino exigidos por la ley.

55. Por otra parte, el principal objetivo de esta Propuesta de Directiva consiste en el establecimiento de criterios comunes contra el blanqueo ecológico y las declaraciones medioambientales engañosas de algunos productos, con la finalidad de aplicar un mayor control y transparencia a las etiquetas que de forma voluntaria utilizan algunos comerciantes en relación con sus bienes o servicios. Para ello introduce en los ordenamientos de los Estados miembros de la Unión Europea la obligación de que los comerciantes que deseen utilizar este tipo de alegaciones de carácter medioambiental lleven a cabo una *valoración previa* que les permita justificar dicha utilización¹¹³. Esta valoración previa incorpora un cambio muy importante en las reglas de juego aplicables a esta materia¹¹⁴. Y es que si hasta ahora las alegaciones medioambientales (principalmente publicitarias) debían poder ser justificadas en el ámbito de un procedimiento de carácter administrativo o judicial que las pusiera en duda, la Propuesta de Directiva, en cambio, opta por el establecimiento de una justificación *ex ante*, en el sentido de que deberá ser verificada previamente a su utilización. Además, dicha verificación previa habrá de realizarse por un tercero independiente acreditado por las autoridades, quien deberá emitir certificado de conformidad¹¹⁵. Por tanto, si esta Propuesta de Directiva llega a aprobarse en los términos en que está redactada, tomará relevancia en esta materia la figura del *verificador independiente*, que deberá intervenir en toda la información medioambiental o de sostenibilidad contenida en declaraciones o etiquetas, con vistas a su verificación (vía certificado de conformidad), con anterioridad a su comunicación comercial¹¹⁶.

56. Al margen de otros aspectos relativos a esta valoración previa (que son expresamente detallados por la Propuesta de Directiva), se dispone que dicha evaluación habrá de fundarse en pruebas científicas ampliamente reconocidas, utilizar información precisa y tener en cuenta las normas internacionales pertinentes, así como demostrar que los impactos medioambientales, los aspectos medioambientales o el comportamiento medioambiental que son objeto de la alegación son relevantes o signifi-

¹¹³ A estos efectos, el término comerciante ha de concebirse tal como lo define la Directiva 2005/29/CE, esto es, como “cualquier persona física o jurídica que (...) actúe con un propósito relacionado con su actividad económica, negocio, oficio o profesión, así como cualquiera que actúe en nombre del comerciante o por cuenta de éste”.

¹¹⁴ Así: M. CALVO CARMONA y C. SUANZES DIEZ, “A vueltas con el *greenwashing*...”, *cit.*, p. 221.

¹¹⁵ En relación con estos verificadores, la Propuesta de Directiva dispone que deberán ser acreditados siguiendo los procesos definidos en el Reglamento (CE) núm. 765/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de julio de 2008, *DOUE L 218* de 139 julio 2008, lo que conduce a entender que en España los referidos verificadores deberán ser acreditados por la Entidad Nacional de Acreditación (ENAC).

¹¹⁶ E. BELTRÁN y T. LOZANO, “La Comisión Europea...”, *cit. supra*.

cativos desde el punto de vista del ciclo de vida¹¹⁷. En concreto, se exige a las compañías que cuenten con más de 10 empleados y una facturación superior a los dos millones de euros que fundamenten todas sus declaraciones y etiquetas con base en una metodología basada en evidencia científica, que permita cuantificar rigurosamente su impacto y comunicarlo de manera transparente. El canal utilizado para ello puede ser un soporte físico, un enlace web, un código QR o equivalente, con una serie de criterios legalmente especificados.

57. Lo anterior se completa con el establecimiento del deber de los Estados miembros de establecer procedimientos para que los comerciantes estén obligados a comunicar sus alegaciones medioambientales explícitas. Al mismo tiempo, se dispone que, de no cumplirse estas exigencias, los propios Estados podrán imponer a los incumplidores sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias. Y a lo anterior se añade el reconocimiento de legitimación a cualquier organización o persona física o jurídica con interés legítimo para presentar una reclamación ante la autoridad competente en los casos en que tenga constancia de que un determinado comerciante no cumple las obligaciones impuestas por esta Propuesta de Directiva.

58. Además, esta Propuesta de Directiva se centra también en las alegaciones medioambientales explícitas comparativas, con referencia a aquellas que afirman que un producto o comerciante tiene menos impactos medioambientales o un mejor comportamiento medioambiental que otros productos o comerciantes. En relación con esta materia, dispone, en concreto, que dichas alegaciones de carácter comparativo no han de referirse a una mejora de los impactos, los aspectos o el comportamiento con los de otro productos del mismo comerciante, de un comerciante competidor que ya no esté activo en el mercado o de un comerciante que ya no venda a los consumidores y usuarios, con la sola excepción o salvedad de que se funden en pruebas que demuestren que la mejora es significativa y que se ha conseguido en los últimos cinco años.

D) Valoración general de estas iniciativas regulatorias

59. Es ahora el momento de realizar una valoración general de las iniciativas legislativas a las que acabamos de referirnos. Comenzando, en primer lugar, por la *Propuesta de Directiva sobre el empoderamiento de los consumidores en la economía circular*, resulta conveniente evaluar su pertinencia y utilidad. Desde nuestro punto de vista, no puede discutirse que dicha Propuesta constituye una apuesta seria por parte del legislador de la Unión Europea para lograr los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) en un mercado que promueva mayor transparencia y seguridad jurídica para todos los operadores que en él participan. En este sentido, cabría afirmar que la propuesta contiene las herramientas necesarias para que los Estados miembros puedan combatir eficazmente las prácticas de *greenwashing*. Ahora bien, por otra parte, no podemos ignorar que estas herramientas ya existen en la normativa vigente reguladora de la competencia desleal y la protección del consumidor, como lo pone de manifiesto con claridad la Guía sobre la aplicación e interpretación de la Directiva 2005/CE/29 de prácticas comerciales desleales contra los consumidores, en los términos más arriba analizados.

60. En todo caso, sí queremos reconocer que la regulación proyectada introduce algunas novedades relevantes que podrían modificar de manera significativa la legislación actual y establecer nuevas formalidades o requisitos en las relaciones entre empresas y consumidores en materia de sostenibilidad medioambiental. Entre ellas, merecen ser destacadas, desde nuestro punto de vista, por un lado, la exigencia de que los compromisos medioambientales futuros dejen de constituir una simple declaración de intenciones y pasen a ser mensajes claros, objetivos y verificables, en el sentido de estar sujetos a un sistema de verificación independiente; y, por otro lado, la prohibición de exhibir etiquetas

¹¹⁷ Para las afirmaciones relacionadas con el clima, la Propuesta de Directiva requiere la diferenciación entre afirmaciones de reducción de emisiones o solo de compensación.

de sostenibilidad que no estén basadas en un sistema de certificación o que no hayan sido establecidas por las autoridades públicas. La novedad de estas medidas no es difícil de explicar y surge fácilmente de una comparación entre ellas y lo que se infiere en esta materia del Derecho vigente. Por ejemplo, en relación con la medida referida al etiquetado, hasta este momento la Guía de aplicación e interpretación de la Directiva 2005/29/CE solo establece la recomendación de que se realicen verificaciones por parte de terceros, pero no habla en ningún momento de que ello constituya un deber u obligación para las empresas¹¹⁸.

61. Con todo, no puede ignorarse que la aplicación práctica de algunas de las medidas que trata de implementar la Propuesta de Directiva a la que nos referimos podría suscitar ciertas dificultades. Para superarlas tal vez podría ser beneficioso contar con guías prácticas claras que ayudasen a los operadores económicos a comprender y cumplir adecuadamente con las medidas incorporadas a estas nuevas regulaciones. La cuestión está en determinar quién ha de ser el redactor de dichas guías. Según algunos autores, ha de tratarse de las autoridades de consumo¹¹⁹. Esto, sin embargo, puede plantear un problema de cierta relevancia, en la medida en que dichas autoridades no son las encargadas de aplicar el Derecho de la competencia desleal en nuestro país. Razón por la cual parece más aconsejable conferir al Ministerio de Justicia (auxiliado por un grupo de expertos en materia de deslealtad concurrencial) la competencia para elaborar estas guías, que cumplirían un papel similar al que desempeñan las guías sobre las directrices de aplicación e interpretación de las Directivas comunitarias (en lo que aquí interesa, la Guía relativa a la Directiva 2005/29/CE).

62. Al margen de lo anterior, nuestra valoración de esta Propuesta de Directiva es, en líneas generales, positiva. Al respecto, cabría reproducir aquí la valoración que algún autor ha realizado de la nueva normativa sobre reseñas, incorporada primero a la Directiva 2005/29/CE y más tarde a la LCD y al Texto Refundido de Consumidores (TRLGDCU), pues dicha valoración nos parece trasladable a la Propuesta de Directiva referente al empoderamiento de los consumidores para la economía circular¹²⁰. Y es que, al igual que se ha afirmado en materia de reseñas, es cierto, por un lado, que desde la aprobación de la Directiva 2005/29/CE y de la LCD, contamos con medios adecuados para hacer frente a los comportamientos de *greenwashing*, pero, por otro lado, no es menos cierto que merece valorarse positivamente que el legislador comunitario haya optado por desarrollar esta materia y poner el foco de atención en estas conductas cada vez más presentes en los mercados¹²¹.

63. Por otra parte, en lo que respecta a la valoración de la *Propuesta de Directiva sobre alegaciones ecológicas*, nos parece que exigir que las empresas presenten pruebas que fundamenten sus alegaciones medioambientales constituye un paso al frente de cierta relevancia en la lucha contra el blanqueo ecológico o *greenwashing*, pues previsiblemente va a comportar una sensible reducción de estas prácticas tan frecuentes en los mercados. Por tanto, desde este punto de vista, la obligación de que las empresas justifiquen (con carácter previo a su utilización) sus alegaciones ecológicas, puede valorarse como una medida positiva para conseguir mayor transparencia en el mercado en beneficio de todos los sujetos que en él participan, especialmente aquellos que lo hacen en condición consumidora. En este sentido, suscribimos la valoración que de esta Propuesta de Directiva realiza cierta doctrina, cuando señala que “si se aprueba en los términos actuales, supondrá un cambio notable en las pautas generales de valoración y análisis de la veracidad de las alegaciones publicitarias que contengan mensajes medioambientales, de tal forma que estas alegaciones, antes de utilizarse, deberán haber sido verificadas por un tercero independiente de acuerdo con unos parámetros y condiciones previstos en la propia Directiva. Además, las alegaciones medioambientales tendrán que acompañarse de la información acerca

¹¹⁸ C. VENDRELL CERVANTES y C. SUANZES DíEZ, “Greenwashing y prácticas...”, *cit.*, p. 169.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 171.

¹²⁰ Nos referimos, en concreto, a L.M. MIRANDA SERRANO, “Prácticas desleales sobre reseñas online de bienes y servicios”, *InDret*, núm. 2, 2023, p. 232.

¹²¹ *Ibidem*.

de su justificación. Todo ello, acompañado de un régimen sancionador que, aunque habrá que ver cómo se articula en los distintos Estados miembros, la propia Directiva apunta a que será exigente¹²².

64. En sentido negativo, hemos de lamentar que la Propuesta de Directiva sobre alegaciones ecológicas se quede algo corta. Sobre todo, por extender su ámbito de aplicación solo a las declaraciones ecológicas voluntarias de las empresas, cuando, al parecer, existe una opinión bastante generalizada entre el público consumidor favorable a entender que, en un momento como el actual, todos de los bienes y servicios ofertados al mercado deberían contener indicaciones relativas a su impacto ecológico o medioambiental¹²³.

IV. Patrones de la jurisprudencia comparada en materia de blanqueo ecológico o *greenwashing*

65. El análisis de la jurisprudencia comparada en la materia que analizamos permite obtener algunas conclusiones de interés que concuerdan bastante con el contenido que dedica a este asunto la Guía sobre la Directiva 2005/29/CE de prácticas comerciales desleales. Es lógico que sea así, pues dicha Guía se inspira, en gran medida, en resoluciones de órganos jurisdiccionales o de autoridades administrativas sobre competencia y publicidad al exponer la casuística relativa a las posibles prácticas desleales que pueden realizar las empresas en el mercado en materia ecológica y medioambiental. Entre las conclusiones extraíbles de la jurisprudencia comparada cabe destacar las siguientes¹²⁴:

66. *Primera*: Merecen la consideración de conductas de blanqueo ecológico o *greenwashing*, entre otras, las siguientes: *i*) publicitar que determinados productos de limpieza son neutros para el clima cuando esa información no va acompañada de especificaciones relativas a si todas sus emisiones formaban parte de dichos cálculos o no, ni de cuál era el alcance de sus medidas de reducción (*sentencia del Tribunal Regional Superior de Fráncfort del Meno*); *ii*) publicitar un producto de microfibra de ante como si tuviera muchas características ecológicas¹²⁵ cuando tales características son vagas y no verificables (*sentencia del Tribunal de Gorizia*); *iii*) publicitar vehículos diésel con impactos medioambientales positivos sin describirlos de forma clara, veraz, precisa e inequívoca (*resolución de la Autoridad italiana de la Competencia*); *iv*) declarar falsamente un nivel determinado de emisiones contaminantes de vehículos diésel para afirmar que dichos vehículos cuentan con características ecológicas específicas susceptibles de proteger el medio ambiente (*sentencia del Tribunal de Venecia*); *v*) vender luces para tumbas anunciándolas como neutras para el clima y neutras en CO² sin que la empresa garantice la compensación total de las emisiones CO² (*sentencia del Tribunal superior de Coblenza*); *vi*) comercializar croquetas congeladas como climáticamente neutras, dando la impresión de que la fabricación y comercialización del producto se realiza sin emisiones CO², cuando ello no es cierto (*sentencia del Tribunal Regional Superior de Fráncfort del Meno*); *vii*) publicitar la posibilidad de que los consumidores puedan conducir con neutralidad de carbono dando la impresión de que el producto publicitado era un nuevo combustible neutro en carbono en lugar de un plan de fidelización de compensación de carbono (que es lo que era en realidad) (*resolución de la Autoridad británica de normas publicitarias*); *viii*) publicitar

¹²² M. CALVO CARMONA y C. SUANZES DIEZ, “A vueltas con el *greenwashing*...”, cit., p. 225.

¹²³ En este aspecto negativo de la Propuesta de Directiva coincidimos con la OCU: v. ORGANIZACIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS, “OCU valora positivamente la Directiva Europea sobre Alegaciones Medioambientales”, disponible en la dirección electrónica <https://www.ocu.org/organizacion/prensa/notas-de-prensa/2023/greenclaims030423>, fecha de última consulta: 30 noviembre 2023.

¹²⁴ Un resumen de las sentencias y resoluciones consultadas (y citadas a continuación) puede verse en la base de datos que se contiene en la siguiente dirección electrónica: <https://climatecasechart.com/non-us-case-category/misleading-advertising/>. Fecha de última consulta: 23 de julio de 2023.

¹²⁵ Como las siguientes: “fabricado con poliéster reciclado”, “respetuoso con el medio ambiente”, “elección natural”, “microfibra ecológica”, “la primera y única microfibra que garantiza la sostenibilidad medioambiental durante todo el ciclo productivo”, “la primera microfibra sostenible y reciclable”, “100% reciclable”, “100% reciclable al final de su ciclo de vida”, “reducción del consumo de energía y de las emisiones de gases de efecto invernadero en un 80%”, “reducción de la huella de carbono gracias al reciclaje del poliéster”, “ausencia de sustancias nocivas”, “uso de tintes no nocivos” y “uso de tintes neutros y no tóxicos”.

que una aerolínea es la que posee menos emisiones de CO² por pasajero y kilómetro de vuelo sin ofrecer información adicional que fundamente dicha afirmación (*resolución de la autoridad británica de normas publicitarias*). Aunque se trata de un listado ejemplificativo, es más que evidente la estrecha similitud apreciable entre estas conductas y aquellas otras a las que se refiere la Comisión en la Guía relativa a la Directiva 2005/29/CE como ejemplos de prácticas desleales en materia ecológica y medioambiental.

67. Segunda: La legislación aplicable a los casos de *greenwashing* por las autoridades judiciales y de la competencia son, principalmente, la normativa relativa a la competencia desleal y a la publicidad comercial; sobre todo, las normas referentes a los actos de engaño y a la publicidad engañosa. Aunque también en algunos supuestos se aplica la normativa sobre promoción de ventas y marketing directo (*Autoridad británica de normas de publicidad*), el Código de medio ambiente (*caso Greenpeace y otros contra TotalEnergies Electricité et Gaz France*), el Código de declaraciones medioambientales (*denuncia ante Ad Standars sobre el anuncio de HSBC relativo a la Gran Barrera de Coral*), la legislación de Marketing (*caso Sociedad Vegetariana y otros de Dinamarca contra la Corona danesa*) o la legislación sobre consumidores y sobre sociedades anónimas (*asunto Australasian Centre for Corporate Responsibility contra Santos*). En realidad, resulta lógico que sea esta normativa la aplicable, pues al tratarse de comportamientos realizados en el mercado y con finalidad concurrencial (en los términos que nuestra LDC emplea para definir el acto de competencia), las normas que por regla general habrán de activarse han de ser las reguladoras de la competencia desleal, la publicidad, el marketing y la protección de los consumidores. Ello sin perjuicio de que también resulten aplicables los Códigos de medio ambiente o de declaraciones medioambientales en aquellas concretas jurisdicciones que cuenten con ellos.

68. Tercera: Dentro de la normativa que acaba de exponerse, sobresalen especialmente las normas relativas a la publicidad engañosa o actos de engaño. En esta dirección, merecen ser mencionados, en un primer momento, algunos pronunciamientos judiciales relativos al sector del automóvil, dada la repercusión que han tenido no solo en los consumidores sino también en los medios de comunicación. Nos referimos, por ejemplo, al caso *Volkswagen Group Italia S.p.A. y Volkswagen Aktiengesellschaft* (“VWGI” y “VWAG” y conjuntamente “Volkswagen”). La ilicitud de los comportamientos objeto de estos pronunciamientos judiciales reside principalmente en efectuar declaraciones dirigidas a los consumidores en las que la empresa fabricante resalta que los bienes por ella publicitados (en concreto, vehículos diésel) son respetuosos con el medio ambiente, pero habiendo instalado previamente un dispositivo en dichos bienes dirigido a falsificar el resultado de las pruebas de emisiones contaminantes.

Los hechos que dieron lugar a estos pronunciamientos judiciales son básicamente los siguientes: en 2015, la Autoridad Italiana de la Competencia (ACI) inició una investigación contra *Volkswagen Group Italia S.p.A. y Volkswagen Aktiengesellschaft* por supuestas prácticas comerciales desleales e infracción del Código de Consumo italiano. Dicha investigación se originó a raíz de las denuncias de las asociaciones de consumidores acerca de las falsas declaraciones realizadas por *Volkswagen* al comercializar sus vehículos diésel EA 189 en relación con: *i*) por un lado, el nivel de emisiones contaminantes de dichos vehículos (se acusó a *Volkswagen* de haber instalado el denominado dispositivo de desactivación para falsear el resultado de las pruebas de emisiones) y, por otro, *ii*) sus características ecológicas específicas. En 2016, la investigación de la ACI llegó a su fin, declarando a *Volkswagen* responsable de prácticas comerciales desleales y de infracción de los artículos 20, 21 y 23 del Código de los Consumidores italiano, ya que no describió los impactos medioambientales positivos de sus vehículos diésel EA 189 de forma clara, veraz, precisa e inequívoca. Debido a dicho incumplimiento, la ACI le impuso una multa de 5 millones de euros. En 2016, *Volkswagen* recurrió la decisión de la ACI ante el Tribunal Administrativo Regional del Lacio, solicitando la anulación de la multa de 5 millones de euros. Mediante una resolución emitida en mayo de 2019, el Tribunal Administrativo Regional del Lacio rechazó el recurso de *Volkswagen* confirmando la decisión del ICA y la multa de 5 millones de euros. En opinión de este otro tribunal, las afirmaciones ecológicas de *Volkswagen* eran engañosas por el hecho de que, por un lado, *Volkswagen* hacía hincapié en su cuidado del medio ambiente y, por otro, instalaba en los vehículos diésel comercializados un dispositivo de desactivación para falsificar el resultado de las pruebas de emisiones. En 2019, *Volkswagen* recurrió la decisión del Tribunal Adminis-

trativo Regional del Lacio ante el Tribunal Supremo Administrativo (*Consiglio di Stato*), estando aún pendiente el procedimiento.

69. Cuarta: En la mayoría de los casos analizados, los tribunales de justicia o autoridades de la competencia enjuician los comportamientos de blanqueo ecológico o *greenwashing* como prácticas engañosas por acción. Entre las resoluciones que se mueven en esta dirección cabe citar, a modo de ejemplo —y junto a las relativas al asunto *Volkswagen* a las que acabamos de referirnos—, las siguientes:

- i) El asunto *Greenpeace France y otros contra TotalEnergies SE y TotalEnergies Electricité et Gaz France* (Francia), que versa sobre los siguientes hechos: El 2 de marzo de 2022 se presentó una solicitud por parte de *Greenpeace Francia, Amis de la Terre y Notre Affaire à Tous* con vistas a obtener una orden judicial y una indemnización contra *TotalEnergies SE* (la empresa matriz del grupo *TotalEnergies*) y *TotalEnergies Electricité et Gaz France* (una de las filiales del grupo). En la solicitud se alega que la emblemática campaña publicitaria de *Total* que acompañaba a su “cambio de marca” a *TotalEnergies* indujo a error a los consumidores franceses, ya que: *i*) las afirmaciones de *Total* de aspirar a un “balance neto cero” en 2050 y a convertirse en un actor principal de la transición energética eran falsas; y *ii*) las afirmaciones publicitarias que promovían las virtudes medioambientales y el papel de transición del gas y los biocombustibles eran engañosas. La demanda se fundamenta en los artículos L.121-1 y ss. del Código de Consumo francés (que aplican la Directiva de la UE sobre prácticas comerciales desleales), el artículo 1240 del Código Civil francés y el artículo L. 142-1 del Código de Medio Ambiente. Las ONG alegan que están legitimadas para demandar a los demandados por prácticas comerciales desleales sobre la base del artículo L. 142-1 del Código de Medio Ambiente y sostienen que la campaña *Total* lanzada el 29 de mayo de 2021, con el objetivo de renombrar la empresa y su actividad como medioambientalmente sostenibles, ha engañado y sigue engañando a los consumidores franceses. Las afirmaciones de *Total* sobre la neutralidad del carbono para 2050 y la transición energética, el gas fósil y los agrocombustibles son falsas, pues un examen más detallado de los hechos revela que el comportamiento de las empresas se opone totalmente a las exigencias de la transición hacia la neutralidad en carbono para 2050. Por tanto, esta campaña comercial supone una alteración sustancial del comportamiento económico del consumidor y debe considerarse una práctica comercial engañosa en el sentido de los artículos L.121-2 y L-121-3 del Código de Consumo francés (que se aplican también a las alegaciones medioambientales) porque tiene un objetivo comercial e induce a error a los consumidores. Las organizaciones solicitan que se ordene el cese de la campaña, la publicación de la decisión, la indemnización de los daños morales sufridos por las organizaciones y el reembolso de las costas judiciales. Este caso, que está pendiente de resolución, se presentó en virtud de la legislación nacional francesa por la que se aplica la Directiva de la Unión Europea sobre prácticas comerciales desleales. De modo que el resultado que a él se dé puede ser relevante para otras empresas de la UE.
- ii) *El caso relativo a la denuncia contra British Petroleum (en adelante, BP) por infracción de las Directrices de la OCDE* (Reino Unido). Este otro asunto puede describirse del modo siguiente: El grupo ecologista británico *ClientEarth* presentó una denuncia contra BP, alegando que la publicidad de la compañía energética engañaba al público. *ClientEarth* sostuvo que una campaña publicitaria lanzada en enero de 2019 bajo los títulos “Keep Advancing” y “Possibilities Everywhere” ha de considerarse engañosa por la forma en que presenta las actividades de BP en materia de energía baja en carbono. En concreto, la denuncia alega que la campaña contraviene las Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) para Empresas Multinacionales, que exigen comunicaciones claras, honestas, precisas e informativas entre las empresas y el público. La denuncia afirma que la publicidad da una falsa impresión de la escala relativa de las energías renovables y de baja emisión de carbono en el negocio de BP y afirma de forma engañosa que el aumento de la demanda mundial de energía primaria es deseable e inevitable para el progreso y el desarrollo humanos. *ClientEarth* presentó la denuncia contra BP ante el Punto Nacional de Contacto del Reino Unido para las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales (PNC del Reino Unido), que es un órgano administrativo. En la reclamación se pide a BP que tome ciertas medidas para corregir la información supuestamente engañosa, incluyendo la retirada de anuncios específicos y la emisión de una declaración explicando dicha retirada. La denuncia solicita, además, que el PNC del Reino Unido declare que BP viola las Directrices de la OCDE si no adopta las medidas solicitadas. A raíz de la

- reclamación, BP retiró la campaña publicitaria y se comprometió a no continuar con la “publicidad sobre la reputación corporativa” y redirigir “recursos para promover políticas, ideas, acciones y colaboraciones de neto cero y su propia ambición de neto cero”. Si bien la Evaluación Inicial del PNC confirmó que el reclamo era material y fundado, el caso fue posteriormente archivado, luego de que BP retirara la campaña publicitaria en cuestión.
- iii) El asunto *Verbraucherzentrale Baden-Württemberg e.V. contra Commerz Real Fund Management S.à.r.l.* (pendiente de resolución), relativo al siguiente supuesto: *Commerz Real Fund Management S.à.r.l.* anunciaba un producto financiero, “klimaVest”, en una página web. Este fondo invertía en proyectos de energías renovables y, por tanto, podía hacer un seguimiento de cantidades concretas de electricidad verde y de emisiones de CO² evitadas. Además, “klimaVest” era un fondo de impacto según la normativa europea y estaba obligado a perseguir un objetivo ecológico positivo. El resultado fue el “objetivo “klimaVest” (valor establecido)” de al menos 3,5 toneladas de CO² evitadas por cada 10.100 euros invertidos al año. De este modo, los inversores podían contribuir indirectamente a evitar futuras emisiones con su inversión. En el sitio web, los internautas podían calcular su huella personal de CO². A continuación, este valor se comparaba con la “compensación de CO²” deseada mediante la inversión. En otro documento se informaba de que los objetivos de inversión del fondo no podían garantizarse y que podían variar considerablemente con el tiempo. En la categoría de preguntas frecuentes se establecía que el objetivo de impacto de “klimaVest” era lograr una compensación de CO² de al menos 3,0 toneladas al año por cada 10.000 euros de capital invertido. La base de cálculo para ello era la calculadora de CO². El 20 de enero de 2022, el Tribunal Regional consideró que las afirmaciones publicitadas eran prácticas comerciales engañosas e infringían el § 5 (1), de la Ley contra la Competencia Desleal. Consideró que la afirmación de una reducción absoluta de CO² de 3,5t o una compensación de CO² de -3,5t era una declaración apta para inducir a error al público, ya que este entendía estas afirmaciones como valores fijos, que en cualquier caso no se incumplirían, aunque en realidad se trataba de valores objetivo que podían verse significativamente infravalorados. Además, el Tribunal consideró que las declaraciones divergentes sobre el objetivo de evitar 3,5t de CO² en un emplazamiento y 3,5t en otro eran engañosas por omisión, de conformidad con el § 5a (2) de la Ley contra la Competencia Desleal. Como se ve, a este asunto se aplica la normativa relativa al engaño tanto por acción como por omisión.

70. Quinta: Sin embargo, otras sentencias o resoluciones son favorables a considerar que determinados casos de blanqueo ecológico o *greenwashing* son engañosos por omisión. Entre ellas, podemos citar las siguientes:

- i) La *Sentencia del Tribunal Regional de Oldenburgo (Alemania) sobre alegaciones de neutralidad climática en productos cárnicos*, relativa a ciertas reclamaciones publicitarias sobre productos cárnicos distribuidos, así como a las operaciones del demandado que se anunciaban como neutras para el clima en un periódico en línea. El Tribunal Regional de Oldenburgo sostuvo que la publicidad sobre productos cárnicos climáticamente neutros y operaciones climáticamente neutras eran engañosas por omisión de conformidad la Ley contra la Competencia Desleal. Según el Tribunal Regional, los consumidores entendían que los productos cárnicos son climáticamente neutros en el sentido de que las emisiones de CO² durante su producción o distribución se compensaban mediante proyectos climáticos, o que no había tenido lugar la emisión de CO² (por ejemplo, mediante el uso de energías renovables o filtros de CO²) o esta había sido insignificante. Por tanto, el Tribunal Regional declaró que no existía un entendimiento claro por parte del consumidor de la declaración “neutro para el clima”. Junto a esto, sostuvo además que la publicidad debería haber incluido una declaración aclaratoria de que la “neutralidad climática” se entendía en el sentido de compensación y que se lograba mediante el apoyo financiero a proyectos de protección del clima. Aunque el demandado había incluido en la publicidad una dirección URL en la que el lector podía obtener más información sobre la forma de lograr la neutralidad climática, la afirmación “neutralidad climática” se había hecho en la publicidad sin ninguna mención a la compensación, por lo que el consumidor no había podido tomar una decisión comercial con conocimiento de causa. Por lo tanto, el Tribunal consideró que la publicidad infringía el § 5a (2), de la Ley contra la Competencia Desleal.
- ii) La *sentencia del Tribunal Regional de Fráncfort del Meno (Alemania) sobre varias demandas de neutralidad climática*. En este caso ambas partes distribuían productos de limpieza a clientes profesionales de todo el país. El demandado había sido certificado por una empresa externa como “em-

presa climáticamente neutra” y utilizó este certificado en su publicidad. Además, había creado y utilizado un vídeo publicitario en YouTube con tales reclamos publicitarios. Este vídeo contenía una URL con el sitio web del demandado y una explicación que contenía comentarios sobre cómo evitar y compensar sus emisiones, utilizando la norma ISO 14067. También incluía otra URL donde se podía encontrar más información. Junto al vídeo, el demandado había incluido una publicidad sobre “neutralidad climática” en su sitio web. El demandante alegó que estos anuncios eran engañosos. El Tribunal Regional de Fráncfort del Meno consideró que las afirmaciones publicitarias del vídeo eran engañosas por omisión e infringían el apartado 1 del § 5a. (1), ya que ni el vídeo ni el sitio web de referencia incluían la información de fondo necesaria. El Tribunal explicó que la afirmación “neutralidad climática” requería una gran cantidad de explicaciones y que sin ellas la declaración de neutralidad climática era opaca para el mercado destinatario, ya fueran consumidores o compradores profesionales. El Tribunal Regional subrayó la importancia de la forma en que se lograba la neutralidad climática, ya que solo en este contexto podían los compradores evaluar hasta qué punto la empresa se esforzaba por reducir o compensar sus emisiones de CO².

- iii) La *sentencia del Tribunal Regional de Constanza (Alemania) sobre reclamaciones climáticamente neutras con respecto a combustible (o aceite) para calefacción*. En este supuesto el Centro para la Protección contra la Competencia Desleal demandó a un comerciante de combustibles fósiles y petróleo en relación con una publicidad sobre “combustible de calefacción premium neutra para el clima”, argumentando que suponía una práctica comercial engañosa y, además, que era engañosa por omisión. El Tribunal Regional de Constanza negó que la afirmación fuera engañosa por acción porque el actor no había acreditado suficientemente el carácter engañoso de la pretensión. Sin embargo, confirmó la comisión de un engaño por omisión porque el demandante había omitido información esencial. En concreto, sostuvo que el demandante no conectó las declaraciones en la publicidad con información sobre cómo se logró la neutralidad climática anunciada del combustible para calefacción, considerando el juzgador este elemento como información esencial. Reiteró el estricto estándar aplicable a las afirmaciones publicitarias relacionadas con el medio ambiente y enfatizó que era fundamental que los clientes de la demandada supieran si la neutralidad climática se lograba a través de reducciones de energía en sus propias operaciones, el uso parcial de energías renovables o la adquisición de certificados. Al mismo tiempo, destacó que las reducciones se considerarían más importantes que la mera adquisición de certificados debidos a los esfuerzos significativamente mayores de la empresa y una mayor sostenibilidad. Para tomar una decisión comercial informada, el cliente necesitaba información sobre cómo se logró la neutralidad climática. El Tribunal Regional también asumió que los clientes estarían dispuestos a pagar más si la neutralidad climática se lograba mediante la reducción de emisiones en lugar de con la simple compensación. En este caso, sin embargo, los clientes no recibieron esta información inmediatamente, sino solo cuando la solicitaron por teléfono, lo que no se consideró suficiente, porque la información habría sido necesaria en el momento en que se tomó la decisión comercial.

71. Sexta: En definitiva, de la jurisprudencia analizada cabe inferir que el arma principal para luchar contra los supuestos de blanqueo ecológico o *greenwashing* lo constituyen las normas sobre competencia desleal relativas al engaño por acción o por omisión. Esta conclusión coincide con las afirmaciones que realiza la Comisión en la Guía sobre la Directiva de prácticas comerciales desleales, donde pone de manifiesto que “sobre la base de los artículos 6 y 7 de la Directiva 2005/29/CE relativos a las acciones y omisiones engañosas, las declaraciones ecológicas deben ser veraces, no contener información falsa y presentarse de manera clara, específica, precisa e inequívoca, de modo que no se induzca a error a los consumidores”¹²⁶. A lo que añade seguidamente interesantes consideraciones relativas al engaño tanto por acción como por omisión. En cuanto al primero, la Comisión señala en la Guía que una declaración medioambiental puede ser engañosa (por acción) en dos supuestos: *i*) cuando “contenga información falsa y por tal motivo carezca de veracidad” en relación con uno de los elementos contemplados en el artículo 6, apartado 1, letras a) a g) Directiva 2005/29/CE, y *ii*) cuando induzca “o puede inducir a error al consumidor medio, aun cuando la información sea correcta en cuanto a los hechos”, respecto a los elementos mencionados en el artículo 6, apartado 1, letras a) a g) Directiva 2005/29/CE¹²⁷.

¹²⁶ Apdo. 4.1.1.2. de la Guía (“Principios fundamentales”).

¹²⁷ Apdo. 4.1.1.3. de la Guía (“Aplicación del artículo 6 de la DPCD a las declaraciones medio-ambientales”).

En relación con el segundo, sostiene la Comisión en la Guía que las declaraciones ecológicas pueden ser engañosas por omisión “si consisten en afirmaciones vagas y generales de beneficios medioambientales”, pudiendo resultar menos engañosas en la medida en que se completen con especificaciones importantes o declaraciones interpretativas del impacto ambiental del producto, por ejemplo, limitando la declaración a beneficios medioambientales específicos¹²⁸. En cualquier caso, es cierto que en determinadas ocasiones no parece fácil encajar el comportamiento analizado en una u otra modalidad de engaño. De todos modos, se califique como uno u otro tipo de práctica engañosa, las consecuencias que se derivan de este encuadre jurídico son las mismas, pues en ambos supuestos estamos ante conductas desleales frente a las cuales se pueden ejercitar las acciones por competencia desleal reconocidas legalmente¹²⁹.

V. Consideraciones finales

72. La creciente preocupación por el logro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) ha conducido a un considerable aumento de las prácticas de blanqueo ecológico o *greenwashing*. A través de ellas, las empresas exageran o distorsionan sus afirmaciones ambientales con fines de marketing y atracción de la clientela, transmitiendo el mensaje de que sus bienes o servicios son más sostenibles de lo que realmente son, en perjuicio de los intereses tanto de los consumidores y usuarios como de los empresarios competidores. Además, los términos blanqueo ecológico también se aplican a supuestos en los que las declaraciones ambientales de las empresas son tan vagas e imprecisas que es difícil concretar los beneficios que efectivamente conllevan.

73. Hasta ahora diversos órganos jurisdiccionales y autoridades de la competencia y el mercado han tratado de hacer frente a estos comportamientos, especialmente mediante la aplicación de las normas relativas a las prácticas engañosas por acción u omisión. Sin embargo, en algunos casos, la falta de una regulación específica de este asunto y la dificultad de establecer criterios claros e indubitados han dejado cierto margen para la interpretación.

74. En el horizonte regulatorio futuro (aunque inmediato) se aprecia una tendencia legislativa hacia enfoques más concretos y específicos de esta problemática. La Unión Europea es buena prueba de ello, como hemos tenido ocasión de comprobar en este trabajo. En general, lo que se busca es el establecimiento de estándares claros y verificables para las declaraciones ambientales de las empresas, que proporcionen a los consumidores y usuarios confianza acerca de la veracidad de la información relativa a esta materia.

75. En esta dirección, destacan las propuestas normativas del legislador europeo dirigidas a exigir, por un lado, que los compromisos medioambientales pasen a ser mensajes claros, objetivos y verificables, en el sentido de estar sujetos a un sistema de verificación independiente, y, por otro, que las alegaciones ecológicas vayan acompañadas de pruebas que las fundamenten. Junto a esto, merece también destacar la prohibición de exhibir etiquetas de sostenibilidad que no estén basadas en un sistema de certificación o que no hayan sido establecidas por las autoridades públicas.

76. Como es natural, estos cambios ayudan a acentuar la alteración de la fisonomía del Derecho de la competencia desleal. A diferencia de lo que ha venido ocurriendo desde que emergió el llamado modelo corporativo o profesional, este sector del ordenamiento económico se presenta cada vez más como un Derecho excesivamente reglamentista. Y esto se refleja, sobre todo, en la pérdida de operati-

¹²⁸ Apdo. 4.1.1.4. de la Guía (“Aplicación del artículo 7 de la DPCD a las declaraciones medio-ambientales”).

¹²⁹ Sobre ellas, según lo dispuesto en nuestra LCD: J. MASSAGUER FUENTES, “La acción de competencia desleal en el Derecho español”, *THEMIS: Revista de Derecho*, núm. 36, 1997 (Ejemplar dedicado a: Derecho de Competencia), pp. 103 y ss., disponible [en línea] en la siguiente dirección electrónica: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5109702>. Fecha de última consulta: 30 noviembre 2023.

vidad de las cláusulas generales, que históricamente fueron los instrumentos esenciales sobre los que se apoyaron los legisladores para tratar de hacer frente a los comportamientos desleales realizados por los operadores económicos en el mercado.

77. En todo caso, habrá que esperar a la redacción final que adquieran las nuevas normas proyectadas en el ámbito de la Unión Europea (Propuestas de Directivas sobre transición ecológica y sobre alegaciones ecológicas) para poder valorar con rigor las novedades que incorporan y su utilidad para limpiar el mercado de estos comportamientos nocivos para los intereses de consumidores y competidores. Lo que sí parece claro es que hay voluntad de aprobarlas y que su aprobación exigirá una nueva modificación del Derecho de la competencia desleal español con vistas a ofrecer una respuesta más específica a la problemática derivada de las conductas de blanqueo ecológico o *greenwashing*.

El tratamiento jurídico de los objetivos ESG y la modificación del deber de diligencia en la propuesta de Directiva sobre diligencia debida

The legal treatment of ESG objectives and the modification of the duty of diligence in the proposed Directive on due diligence

JORGE MOYA BALLESTER
Profesor Titular de Universidad
Universidad de Alicante

Recibido:03.11.2023 / Aceptado:10.01.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8431

Resumen: el presente trabajo tiene como objetivo analizar el impacto que los nuevos desarrollos legislativos en el ámbito de los criterios ESG tienen en la normativa societaria. En concreto el trabajo analiza el posible cambio en la concepción del interés social como consecuencia de los desarrollos legislativos en materia de sostenibilidad, y en particular, los posibles cambios que dicha materia hayan podido producir en los deberes de carácter fiduciario. Para ello, resulta obligado no solo analizar la propuesta de directiva sobre diligencia debida, sino también el propio concepto de interés social y su relación con el deber de diligencia y el deber de lealtad.

Palabras clave: ESG, sostenibilidad, deber de diligencia, deber de lealtad.

Abstract: The objective of this work is to analyze the impact that new legislative developments in the field of ESG criteria have on corporate regulations. Specifically, the work analyzes the possible change in the conception of social interest as a result of the legislative developments on sustainability, and in particular, the possible changes that this matter may have produced in the fiduciary duties. To do this, it is necessary not only to analyze the proposed directive on due diligence, but also the concept of corporate interest itself and its relationship with the duty of diligence and the duty of loyalty.

Keywords: ESG, sustainability, duty of care, duty of loyalty.

Sumario: I. introducción. II. Los objetivos ESG: concepto y contenido. III. Regulación. 1. Cuestiones preliminares. 2. La propuesta de directiva de diligencia debida. A) Fundamento, estructura y ámbito de ampliación. B) Ámbito subjetivo de aplicación. C) El sistema de información financiera. IV. El interés social como fundamento de los deberes fiduciarios. 1. Consideraciones introductorias. 2. El interés social como fundamento a los deberes fiduciarios. 3. El impacto de las normas sobre gobierno corporativo y la responsabilidad social corporativa en el interés social. V. El deber de diligencia en el derecho vigente. 1. El estándar de diligencia. 2. Contenido del deber de diligencia. 3. La business judgement rule. 4. La reforma introducida por la Ley 5/2021. VI. Los deberes fiduciarios en la propuesta de directiva. 1. Cuestiones previas. 2. La propuesta de modificación de los deberes fiduciarios. 3. La modulación del contenido de diligencia según la propuesta

I. Introducción

1. Nuestro derecho de sociedades recurre a la imposición de deberes de carácter fiduciario a la hora de ordenar y caracterizar la actuación de los administradores de sociedades de capital. En concreto, nuestro ordenamiento regula la imposición del deber de lealtad por un lado y, por otro, del deber de diligencia. Conforme al primero, el administrador debe desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad, tal y como dispone el artículo 227.1 LSC. De este modo, el deber de lealtad se vincula a la noción de conflicto de intereses y a la idea de que ante dicha situación el administrador debe anteponer los intereses sociales a cualesquiera otros. Por otro lado, el deber de diligencia impone un determinado estándar de cuidado y atención en el desempeño del cargo. En este sentido, el deber de diligencia se conecta con las normas propias del ejercicio de la profesión y su contenido concreto varía en función de la actividad realizada, aunque en el ámbito de los administradores de sociedades de capital es posible establecer un contenido mínimo muy conectado con el deber de mantenerse informado.

2. En otro orden de cosas, en los últimos años hemos asistido al afianzamiento de las normas que desarrollan y obligan a velar por el cumplimiento de los objetivos de desarrollo sostenible. En concreto, en el ámbito societario, la atención a los objetivos de desarrollo sostenible cristaliza en la imposición de los llamados criterios ESG, que hacen referencia a la obligación de realizar la actividad encomendada atendiendo a factores ambientales (*Environment*), sociales (*Social*) y de buen gobierno corporativo (*Government*). De acuerdo con esta realidad, la labor desempeñada por los administradores debe ser compatibilizada con el respeto a las cuestiones medioambientales, con los derechos de carácter social de las personas afectadas por la actividad desarrollada y dando cumplimiento a las normas sobre buen gobierno corporativo.

3. De forma paulatina se ha sustituido la responsabilidad social corporativa por la atención a la sostenibilidad, o de forma más concreta a los criterios ESG. Así, junto a la protección de los aspectos sociales y de buen gobierno corporativo, se toman en consideración criterios medioambientales de gestión, dando lugar a los llamados de criterios ESG que también son conocidos como criterios de sostenibilidad. La exigencia de atender a los criterios de sostenibilidad en el ámbito ambiental, social y de gobierno corporativo impacta sobre la configuración de los deberes fiduciarios. Como consecuencia de ello se ha propuesto una serie de medidas legislativas que tratan de conciliar la regulación sobre deberes fiduciarios e interés social con la necesidad de que los empresarios se comporten de forma responsable en relación con las cuestiones de sostenibilidad a las que antes se ha aludido (ESG). Entre las distintas incitativas legislativas, llama la atención La ley 11/2018, de 28 de diciembre de 2018, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad, que impone a las sociedades obligadas a presentar cuentas consolidadas el deber de incluir en las mismas un estado de información no financiera.

4. No obstante la importancia de la Ley 11/2018, el gran cambio en la tutela de los criterios ESG se prevé con la promulgación de la propuesta de directiva de diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad, que no solo regula concretas medidas que deben llevar a cabo los empresarios de un determinado tamaño que operen en territorio de la Unión Europea, sino que además modifica el régimen de los deberes fiduciarios, en concreto el deber de diligencia en materia de sostenibilidad, para dar cabida a la toma en consideración de los criterios ESG por parte de los administradores de sociedades. Pues bien, el presente trabajo pretende analizar en qué medida el contenido y la orientación en el cumplimiento del deber de diligencia han sido modificados por los últimos desarrollos legislativos y por el proyecto de directiva sobre diligencia debida, analizando el alcance de la reforma y la posible incidencia que la misma pudiera tener en el concepto de interés social.

II. Los objetivos ESG: concepto y contenido

5. Como se ha dicho en la introducción del presente trabajo, a los objetivos sobre buen gobierno corporativo y responsabilidad social corporativa, en la última década se ha unido la necesidad de de-

fensa del medio ambiente y la lucha contra el cambio climático. Los tres elementos de forma conjunta componen los llamados criterios ESG, que están íntimamente vinculados con los objetivos de desarrollo sostenible impulsados en el ámbito de las Naciones Unidas.

6. Los desarrollos sobre gobierno corporativo tienen como objetivo fundamental erradicar los posibles abusos que la actuación de los administradores y de los socios mayoritarios puedan llevar a cabo en perjuicio de la minoría¹. Con ello se obliga a las personas con capacidad de decisión a tener en cuenta los intereses del resto de accionistas, pues todos ellos conforman el interés social. La normativa sobre buen gobierno corporativo pretende dotar de una mayor eficacia al sistema, potenciando la transparencia. Las normas sobre buen gobierno corporativo mantienen el compromiso con la buena gestión en pos de los intereses de los socios, lo que *a priori* no supone un cambio de esquema de los deberes fiduciarios, sino más bien un refuerzo de la noción de interés social.

7. En relación con la responsabilidad social corporativa, se puede decir que la misma tiene como objetivo orientar la gestión social del empresario hacia el respeto a los derechos sociales de las personas cuya existencia se ve afectada por la actividad realizada (*stakeholders*). La responsabilidad social corporativa nació en la segunda mitad del S. XX en los Estados Unidos y ha ido expandiéndose a otros países de nuestro entorno desde entonces. Así, la responsabilidad social corporativa supone introducir criterios éticos o morales que, *a priori*, resultarían ajenos a la lógica económica de la gestión. Las políticas vinculadas a los derechos sociales abarcan un espectro muy amplio, pero se puede hacer una mención especial a los derechos humanos, los derechos de los trabajadores o los derechos de otros colectivos, como pueden ser los de la infancia. En todo caso, se dice que la base sobre la que se asienta la responsabilidad social corporativa es su carácter voluntario, pues esa actitud respetuosa con los intereses de los *stakeholders* no puede ser exigida al empresario².

8. Ante la ausencia de una regulación clara al respecto, se argumentaba que la responsabilidad social corporativa no solo debiera favorecer los intereses de los llamados *stakeholders*, sino que además debería redundar de forma positiva en el negocio del propio empresario pues debería reforzar su posición reputacional. Siguiendo esta argumentación, los productos y servicios de un determinado empresario serían premiados frente a los de sus competidores por parte de los consumidores al conocer estos la gestión socialmente responsable que realiza el empresario en cuestión³.

9. Finalmente, a la S (*social*) y la G (*government*) que se fueron asentando en la última parte del siglo pasado, se une en los inicios del actual la E (*environment*), que supone la toma en consideración de los efectos nocivos que para el medioambiente puede tener el desarrollo de la actividad empresarial y la necesidad de mitigar dichos efectos. De este modo, ante la alarma ambiental que ha generado el cambio climático, una gran parte de la población exige cambios en la conducta de la ciudadanía en general y en el sector empresarial en particular⁴. Fruto de ello es la exigencia de políticas empresariales sostenibles y como dicha exigencia transita desde una regulación compuesta por normas de *softlaw* a normas de carácter imperativo que exigen concretas conductas, tal y como se verá a continuación.

¹ Sobre los problemas que se producen al disociar la administración de la propiedad en el ámbito de las sociedades cotizadas y como las normas sobre buen gobierno corporativo tratan de atajar estas disfunciones, vid., L. VELASCO SAN PEDRO, "Gobierno corporativo" en (dir.) Alonso Ledesma, C. *Diccionario de Derecho de Sociedades*, Madrid, 2006, pág. 667.

² Vid., V. GIMENO BEVIÁ, "Responsabilidad social corporativa y marketing responsable", en (dir.) Beltrán Castellanos, J.M., *la responsabilidad social en las administraciones públicas*

³ En este sentido V. GIMENO BEVIÁ, "Responsabilidad social...", ob. cit., págs. alude acertadamente a la división de la responsabilidad social corporativa en tres categorías (buena, mala y falsa) en función de si las políticas corporativas permiten un beneficio a la sociedad que reconcilie esa acción social con el cumplimiento de los deberes fiduciarios.

⁴ En un sentido similar al que se venía hablando de la buena y la mala responsabilidad social, se puede poner de manifiesto que el cumplimiento de criterios de sostenibilidad también tiene como resultado la posibilidad de obtener financiación en unas condiciones más beneficiosas.

III. Regulación

1. Cuestiones preliminares

10. En la actualidad asistimos a un proceso de transformación en relación con los criterios ESG en virtud del cual se produce el tránsito de la autoregulación, propia de las normas de buen gobierno corporativo y la responsabilidad social corporativa, al derecho legislado. La paulatina sustitución del *softlaw* por el *hardlaw* se basa en la imposición de obligaciones de medios de carácter fundamentalmente informativo. No obstante, este proceso de transformación no ha concluido, por lo que todavía es posible afirmar que la tutela de los criterios ESG tiene claros matices autorregulatorios y que no es previsible que estos vayan a desaparecer en el corto o medio plazo. En todo caso, la protección de los criterios ESG surge originariamente como una serie de normas autoimpuestas que permitían a los operadores dar a conocer los avances realizados en el ámbito de estos objetivos, lo cual puede resultar útil no solo en relación con la consecución de los objetivos genéricos enunciados, sino que también resultaban útiles para distintos colectivos, como podían ser los llamados inversores y los consumidores activistas.

11. Entre las iniciativas vinculadas a las recomendaciones y el establecimiento de principios que deben guiar la actuación de las empresas multinacionales, destaca el sistema de líneas directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) para empresas multinacionales. Este trabajo publicado en 2013 fue consensuado por los Estados Miembros de la OCDE, con el compromiso de implementar dichos acuerdos en sus legislaciones nacionales⁵.

12. La conceptualización de la tutela de los criterios ESG como normas de *softlaw* también ha generado ciertas controversias entre los operadores del derecho, que en ocasiones han entendido que los resultados enunciados tenían un carácter promocional, muy vinculados a la imagen que la empresa desea proyectar tanto en el mercado como en los posibles inversores. De este modo, cualquier sociedad podía cumplir con la tutela de los criterios de sostenibilidad y buen gobierno cuando dichos intereses se alineasen con los propios y desatendiéndolos cuando dicha alineación no se produjese. De este modo se podría producir un cumplimiento asistemático de las políticas ESG que sin conseguir resultados determinantes sí pudiera tener un impacto positivo en la imagen de la sociedad en cuestión.

13. Las razones analizadas en el párrafo precedente y la situación de alarma que genera el cambio climático justifican el cambio de paradigma al que asistimos en la actualidad. En este sentido, podemos decir que la paulatina sustitución de normas de derecho de carácter autorregulatorio (*softlaw*) por otras de derecho impuesto por los poderes públicos (*hardlaw*) se puede apreciar en varias iniciativas legislativas como es la Ley 11/2018 de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad, que obliga a las sociedades que presenten cuentas consolidadas a incluir en las mismas el estado de información no financiera. Asimismo, en el ámbito de las iniciativas legislativas, en el ámbito europeo, destaca la propuesta de directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la directiva (UE) 2019/1937, presentada el 23 de febrero de 2022. Como se ha dicho previamente, el análisis de esta propuesta y su incidencia en nuestra normativa societaria constituye el objeto fundamental del presente trabajo. Finalmente, en el ámbito estrictamente español es posible aludir a la consulta previa del Anteproyecto de Ley de protección de los Derechos Humanos, de la sostenibilidad y de la diligencia Debida en las Actividades Empresariales Transaccionales. Esta iniciativa parece que ha sido paralizada hasta la aprobación del texto europeo, puesto que el *iter* normal es la promulgación de la directiva europea y posteriormente su trasposición a la legislación nacional a través de una norma de derecho interno⁶.

⁵ El texto completo de las líneas directrices de la OCDE sobre empresas multinacionales se puede consultar en español en https://www.oecd-ilibrary.org/governance/lineas-directrices-de-la-ocde-para-empresas-multinacionales_9789264202436-es.

⁶ Esta iniciativa, impulsada por el Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, parece que no se encuentra entre las prioridades actuales del gobierno, pues la consulta se lanzó en febrero de 2022, sin que haya habido cambio alguno hasta el

2. La propuesta de directiva de diligencia debida

A) Fundamento, estructura y ámbito de ampliación

14. La propuesta de directiva sobre diligencia debida propone un nuevo paradigma en la protección y tutela de los criterios ESG. En este sentido, y pese al nombre de la propuesta de directiva, cabe advertir que la misma se centra fundamentalmente en la tutela de la sostenibilidad ambiental. De este modo, las obligaciones impuestas a los operadores afectados por la propuesta de directiva se centran en la información medioambiental, teniendo un efecto mucho más limitado en la responsabilidad social y prácticamente nulo respecto de las normas de buen gobierno corporativo.

15. La protección se realiza de tres modos fundamentalmente. En primer lugar, mediante la obligación de elaborar un sistema de información no financiera, respecto de la protección de los derechos humanos y el medioambiente, aunque también promueve el cumplimiento de estos objetivos a través del establecimiento de obligaciones en las relaciones contractuales de las empresas obligadas y sus socios comerciales. En segundo lugar, a través de la modificación del deber de diligencia, con el fin de dar cabida a la atención de estos intereses, los derechos humanos y el medio ambiente. En tercer y último lugar, la propuesta de directiva establece un mecanismo de control externo, a cargo de una autoridad de control que podrá imponer sanciones en última instancia. Sin embargo, cabe advertir desde este momento que la observancia de la debida diligencia se conceptúa fundamentalmente, aunque no siempre, como una obligación de medios. Esto es importante porque ayuda a explicar cómo funciona el primer pilar (la información no financiera), pero sobre todo lo es en relación con el segundo pilar (el deber de diligencia) puesto que el deber de diligencia se configura de forma natural como una obligación de medios (arts. 225 y 226 LSC)⁷.

B) Ámbito subjetivo de aplicación

16. En relación con el ámbito subjetivo de aplicación, la directiva propuesta sobre diligencia debida será obligatoria para “empresas” que tengan un mínimo de 500 trabajadores y una cifra de negocio de 150 Millones. En segundo lugar, también se aplica la mayoría de las medidas incorporadas en la propuesta de directiva a aquellas empresas que tengan una media de 250 trabajadores y 150 millones de facturación, siempre y cuando operen en alguno de los sectores que se consideran especialmente sensibles, tales como las empresas que se dediquen al textil, a la alimentación o a las materias primas. De este modo, pese a que la directiva en principio no se aplica a la pequeña y mediana empresa, lo cierto es que la previsión realizada respecto de los sectores especialmente sensibles ensancha su base de aplicación notablemente. Finalmente, la propuesta de directiva también será de aplicación a las empresas constituidas en un tercer estado que superen los 150 millones de facturación en la Unión, con independencia del número de trabajadores empleados.

C) El sistema de información financiera

17. Como se ha dicho previamente, la propuesta de directiva obliga a incorporar un completo sistema de información no financiera. Sin embargo, al contrario de lo que ocurre en la norma nacional, la Ley 11/2018 de información no financiera, la propuesta de directiva sobre diligencia debida no se limita exclusivamente a establecer la obligación de informar de lo hecho por la sociedad, sino que establece

momento de la publicación del presente trabajo. Téngase en cuenta que esta normativa muy probablemente debería modificarse a la luz de lo dispuesto por la directiva de diligencia debida, por lo que parece razonable esperar al momento de la aprobación de la directiva para reanudar el proceso legislativo en esta materia.

⁷ En este sentido, vid., J. JUSTE MENCIA, “Deber general de diligencia”, en J.A. García-Cruces y I. Sancho Gargallo (dirs.) *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Tomo 3, Valencia, 2021, pág. 3097.

la necesidad de dotarse de una política de diligencia debida, implementar un sistema de detección de efectos adversos, que incluye un mecanismo de denuncia, la obligación de monitorizar el tratamiento de esos efectos adversos advertidos y finalmente, ahora sí, la de analizar anualmente la evolución de la política empresarial de diligencia debida y el tratamiento de los efectos adversos advertidos.

18. Como se ha dicho previamente el empresario no está obligado a la consecución de un determinado resultado en la defensa de los derechos humanos y del medio ambiente, sino a destinar una serie de medios al establecimiento de este sistema de información no financiera, que a grandes rasgos supone las siguientes obligaciones de carácter concreto: en primer lugar debe proceder a la implantación de una política de diligencia debida que debe actualizarse anualmente. La política de diligencia debida debe contener a) el enfoque de la diligencia debida que hace la empresa; b) un código de conducta, que contenga normas y principios para empleados y subsidiarias; y c) la descripción de los procesos de aplicación de la diligencia; los mecanismos de constatación del código por empleados y subsidiarias; y las formas para extender el contenido del código a los socios comerciales.

19. En segundo lugar el empresario debe implementar sistemas capaces de detectar los efectos adversos reales y potenciales. Entre otros medios los efectos adversos serán detectados a través de informes independientes y las denuncias presentadas por personas afectadas, sindicatos y organizaciones creadas en defensa de estos intereses. Los efectos adversos detectados deben ser contemplados en la política de diligencia debida cuando anualmente se modifique con el fin de mitigarlos. Resulta obligatorio el establecimiento por parte de las empresas de un procedimiento de denuncia. Una vez detectado el efecto adverso, surge a cargo del empresario el deber de prevenir y mitigar dichos efectos adversos advertidos. El cumplimiento de este deber supone la obligación de elaboración de un plan para prevenir/mitigar el daño. En este sentido, se contemplan como posibles medidas de reducción o prevención el establecimiento de condiciones contractuales; la realización de las inversiones necesarias; e incluso en última instancia el abandonando de la actividad que produce el efecto adverso.

20. En tercer lugar el empresario debe realizar una evaluación anual de las operaciones realizadas en función de la política de diligencia debida. La evaluación servirá de base para la actualización de la propia política de debida diligencia (Art. 11). Esta obligación resulta similar a la que el legislador nacional impone al obligar a los grupos de sociedades que presenten cuentas consolidadas al depósito anual de la información no financiera. Finalmente, la propuesta de directiva contempla un procedimiento sancionador, que incluye tanto la obligación de crear un procedimiento de denuncia interno como la posibilidad de denunciar ante la autoridad de control, quien podrá imponer sanciones.

IV. El interés social como fundamento de los deberes fiduciarios

1. Consideraciones introductorias

21. El desarrollo de la normativa sobre cumplimiento de los criterios ESG puede generar un impacto en el cumplimiento de los deberes fiduciarios impuestos a los administradores, pues obliga a estos a tener en cuenta nuevos intereses en el desarrollo de la actividad de gestión de los administradores. Ello obliga a analizar en qué medida el interés social, que actúa como guía de actuación de los administradores, se puede ver alterado por la nueva regulación en materia de sostenibilidad. Para ello es necesario abordar el concepto de interés social, qué elementos lo componen y su relación con los deberes fiduciarios.

2. El interés social como fundamento a los deberes fiduciarios

22. El concepto de interés social entronca con el elemento causal del contrato en cuanto que sirve como elemento integrador cuando las partes deciden no incorporar al contrato el objetivo que per-

siguen con la fundación de la sociedad. De este modo, en ausencia de un determinado fin común en el título constitutivo, cabe plantearse como debería actuar el órgano de administración y la mayoría social.

23. Al analizar la causa del contrato de sociedad, existe consenso en nuestra doctrina al identificar el fin social como el elemento causal del contrato, señalando que, a pesar del tenor literal de nuestras leyes, los socios pueden establecer como fin último del contrato de sociedad otro distinto a la obtención de un ánimo de lucro. Sobre esta cuestión, el profesor PAZ ARES distingue entre 1) el fin social en el momento de la constitución de la sociedad, que actúa como elemento aglutinador de la asociación de las personas que otorgan el contrato, la razón que justifica la realización de las aportaciones comprometidas; y 2) el fin social durante la fase de funcionamiento. En este último caso, una vez la sociedad está constituida, el fin social actúa como elemento de guía de la organización, orientando la gestión social y determinando la capacidad de actuación de los órganos y los deberes a los cuales vienen sujetos dichos órganos⁸.

24. De este modo, en ausencia de una cláusula contractual que precise el objetivo, el fin perseguido por los socios, los administradores y la mayoría social deberán tomar en consideración el interés social, cuyo contenido será objeto de análisis más adelante. En efecto, el interés social se caracteriza en nuestra doctrina como el elemento que permite integrar el contrato de sociedad y ordenar la conducta de las personas intervinientes en el mismo. El contrato de sociedad, por definición, debe ser considerado como un contrato incompleto, al resultar imposible prever todas las circunstancias en las que pueden surgir disputas entre las partes contratantes y, asimismo, también muy difícil prever soluciones concretas para cada una de esas circunstancias. De este modo, ante la imposibilidad de pactar la conducta concreta que debe observar cada una de las partes a lo largo de la existencia de la sociedad, la doctrina recurre al concepto de interés social como elemento integrador del contrato. Así, es posible que los socios y los administradores orienten su actuación conforme a la guía que proporciona el interés social⁹.

25. Cabe referirse a la relación existente entre el interés social, como cláusula integradora del contrato de sociedad, y los llamados deberes de carácter fiduciario fundamentalmente impuestos a los administradores, aunque también podrían aplicarse a la mayoría social¹⁰. En relación con la actuación de los administradores es posible señalar que nuestra legislación impone que su actuación deba desarrollarse de forma que se permita el cumplimiento de los deberes fiduciarios de diligencia y lealtad. Ambos deberes, propios de los contratos que implican la gestión de intereses ajenos, suponen la realización de la labor encomendada atendiendo a los intereses de las personas que efectuaron el encargo, en este caso los socios. De este modo, el interés social supone no solamente el fundamento de los deberes fiduciarios, sino que además sirve de guía para su ejercicio.

26. A la hora de determinar cuál es la conducta que los sujetos integrantes del contrato deben seguir ante las nuevas circunstancias que se presentan en el devenir social, se debe imponer aquellas actuaciones que beneficien el interés social. Con ello, los administradores y la mayoría social deben tener en cuenta los intereses que los socios perseguían con el otorgamiento del contrato de sociedad. No obstante, esta conclusión no resuelve todas las dudas, pues resulta necesario determinar el contenido de la cláusula del interés social. La respuesta a esta cuestión, la determinación del interés social, viene sujeta en gran medida a la controversia existente entre las tesis de corte contractualista y las de corte institucionalista. De este modo, se vincula la noción del interés social con la significación y el propósito que se le otorgue a la sociedad.

⁸ Vid., C. PAZ ARES, “La sociedad en general: elementos del contrato de sociedad”, en Uría-Menéndez *Curso de Derecho Mercantil*, Madrid, 2006, Tomo I, págs. 510 y 511.

⁹ Vid., J. ALFARO ÁGUILA-REAL, *Interés social y derecho de suscripción preferente, una aproximación económica*, Madrid, 1995, págs. 22 y ss.

¹⁰ Sobre la imposición de deberes fiduciarios a la mayoría accionarial respecto de la toma de decisiones, vid., J. ALFARO ÁGUILA-REAL *Interés social y derecho...*, ob. cit., pág. 33.

27. En relación con las posiciones mayoritarias, según las teorías de carácter contractualista, el interés social estará compuesto por el interés de los socios, sin tomar en consideración los intereses de otros colectivos. Los órganos de la sociedad en el ejercicio de sus funciones deberán buscar la maximización de la rentabilidad de las inversiones de los socios¹¹. A este respecto, se dice que el interés social estará conformado por el interés de todos los socios, y no solo los propios de la mayoría¹². Por el contrario, atendiendo a las teorías de carácter institucionalista, el interés social y el elemento causal del contrato de sociedad no estará integrado únicamente por los intereses de los socios, sino que también será necesario tomar en consideración otro tipo de intereses como son los propios de los trabajadores, proveedores, clientes y en general los de la comunidad en la cual desarrolla su actividad la sociedad en cuestión, personas con las que se relaciona la sociedad y cuya esfera personal se ve también afectada en mayor o menor medida por las decisiones adoptadas por la propia sociedad (*Stakeholders*).

28. Las teorías de carácter institucionalista obtienen un fuerte respaldo entre la doctrina alemana del siglo XX, mientras que las teorías de carácter contractualistas son propias del derecho de sociedades estadounidense, en las que se tendía a tomar en cuenta el interés de los accionistas.

29. Las posiciones contractualistas típicas de la práctica anglosajona, que llegaron a tener un considerable predicamento también en la Europa continental, han ido modulando su rigor en las pocas décadas transcurridas del siglo XXI. En efecto, la cuestión cambia con la inclusión de la responsabilidad social corporativa en los ordenamientos anglosajones, tal y como se verá en el siguiente apartado, pues la asunción de la responsabilidad social corporativa en el mundo empresarial anglosajón abre la puerta a la incorporación de ciertos parámetros institucionalistas, en tanto que se habilita a los administradores a realizar determinadas conductas que no necesariamente deben redundar en beneficio de los socios. Esta tendencia se afianza con la introducción de los objetivos ESG, produciéndose un paulatino acercamiento entre las posturas anglosajonas y los planteamientos de índole institucionalista que a menudo se utilizan en la Europa continental. En cualquier caso y tanto si se adopta una postura como si adopta la otra, los intereses de los socios suponen la parte fundamental del interés social y permiten a los administradores integrar el contrato social, orientar la actuación de los sujetos intervinientes en la vida social a través del cumplimiento de los deberes sociales.

30. En nuestro país la doctrina permanece dividida¹³, mientras que el legislador tradicionalmente ha renunciado a adoptar en nuestra regulación ninguna de las concepciones enunciadas, al considerar

¹¹ Vid., J. ALFARO ÁGUILA-REAL, *Interés social y derecho...*, ob. cit., pág. 52.

¹² Vid., J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, "Interés social", en (dir.) C. Alonso Ledesma, *Diccionario de Derecho de Sociedades*, Madrid, 2006, pág. 712.

¹³ Frente a las tradicionales teorías contractualistas que se sirvieron de la doctrina de la creación del valor para determinar el interés social, a raíz del movimiento del *corporate governance* se suscitan posturas que recuperan las posturas institucionalistas. De forma extensa, J. SÁNCHEZ CALRO "Creación de valor, interés social y responsabilidad social corporativa", en F. Rodríguez Artigas, A. ALONSO UREBA, L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. SAN PEDRO, J. QUIJANO GONZÁLEZ, G. ESTEBAN VELASCO, (Dir.) *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas*, Vol. II, Cizur Menor (Navarra), 2006, págs. 853 y ss., describe como la doctrina de la creación de valor para el accionista, derivado de la cotización bursátil de la sociedad, es redefinida como consecuencia de la aparición del movimiento del *corporate governance*. Finalmente este autor señala id. pág. 868 que "definir el interés social, con mayor frecuencia, establecer una jerarquía de intereses que sirve para tutelar unos directamente, al tiempo que otros resultan indirectamente favorecidos. La doctrina de la creación de valor entiende, precisamente, que la primaria protección de los accionistas comportará otros beneficios para las demás partes involucradas en la empresa". Son partidarios de incorporar otros intereses al concepto del interés social, distintos de los intereses de los accionistas los profesores J. QUIJANO GONZÁLEZ / V. MAMBRILLA RIVERA "Los deberes fiduciarios de diligencia y lealtad. En particular, los conflictos de interés y las operaciones vinculadas", en F. RODRÍGUEZ ARTIGAS, A. ALONSO UREBA, L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. SAN PEDRO, J. QUIJANO GONZÁLEZ, G. ESTEBAN VELASCO (Dir.) *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas*, Vol. II, Cizur Menor (Navarra), 2006, págs. 954 y ss.; L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, "El régimen de responsabilidad de los administradores en la ley de sociedades anónimas: supuestos, principios y problemas", *Boletín del Ilre. Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 5, 3ª época, Junio, 1997, pág. 22; y A. ALONSO UREBA, "El gobierno de las grandes empresas (Reforma legal versus Códigos de Conducta)", en (coord.) Esteban Velasco, G., *El gobierno de la sociedades cotizadas*, Madrid, 1999, págs. 105 y 106; J.L. DÍAZ ECHEGARAY, *Deberes y responsabilidades de los administradores de sociedades de capital*, Cizur Menor, 2006, págs. 166 y 167. Por el contrario adopta una posición puramente contractualista el profesor C. PAZ-ARES, *Responsabilidad de...*, ob. cit., págs. 122-125.

que los socios constituyentes deben tener la libertad necesaria para establecer las consideraciones que estimen oportunas al respecto en el título constitutivo, pues no en balde los socios tienen libertad para determinar el elemento causal del contrato de sociedad. En este sentido llama la atención la iniciativa de determinadas sociedades que han hecho un esfuerzo por determinar su propio interés social e incorporar dicho contenido a los estatutos sociales¹⁴.

3. El impacto de las normas sobre gobierno corporativo y la responsabilidad social corporativa en el interés social

31. La incorporación de la normativa sobre gobierno colaborativo en los sistemas anglosajones, y su posterior traslación a otros ordenamientos, no supone un cambio en el paradigma en el interés social, pues este tipo de normas tienen como fundamento no tanto la toma en consideración de otros intereses distintos de los propios accionistas, sino que más bien viene a tratar de limitar la actuación de los administradores y la mayoría social en aquellas cuestiones que pudieran suponer un perjuicio para la minoría. De este modo, se obliga a las personas con capacidad de decisión en la sociedad a tomar en consideración no solo sus propios intereses, sino los del resto de accionistas, pues todos ellos conforman el interés social. De este modo, la normativa sobre buen gobierno corporativo tiene como objetivo evitar la comisión de posibles abusos por parte de los administradores frente a los accionistas, teniendo en cuenta también la posición del socio minoritario.

32. No ocurre lo mismo con la incorporación de la llamada responsabilidad social corporativa, según la cual el empresario en el ejercicio de su actividad debería incorporar determinados estándares sociales, exigiendo que la actividad desarrollada por la sociedad tuviera un impacto positivo en la comunidad en la que dicha actividad se desarrolla, que fuera socialmente responsable evitando un ejercicio ciego de la actividad que no tuviera en cuenta los intereses de la comunidad¹⁵. La responsabilidad social corporativa, que nace en Estados Unidos en las últimas décadas del siglo pasado eclosiona en Europa en las dos primeras décadas del siglo XXI. Al contrario de lo que ocurría con las normas sobre gobierno corporativo, la incorporación de la llamada responsabilidad social corporativa sí implica un cambio de perspectiva, pues puede suponer que los administradores no solo vengán obligados a velar por los intereses de los socios, sino que también pueden tomar en consideración los intereses de otros colectivos, de tal forma que la gestión social sea respetuosa con los derechos sociales de las personas que integran la comunidad en la que desarrolla su actividad la sociedad (*stakeholders*).

33. Finalmente, en los últimos años hemos asistido a la incorporación de la sostenibilidad medioambiental al ámbito de la toma de decisiones en la gestión social. De este modo, los administradores sociales en la gestión de la sociedad deben tomar decisiones que sean respetuosas con el medioambiente y que traten de mitigar los posibles efectos adversos que la actividad social pudiera tener en el medio. Con ello se genera el tercero de los elementos que conforman los objetivos ESG de sostenibilidad, junto con el gobierno corporativo y la responsabilidad social empresarial. De nuevo, al igual que ocurría con la responsabilidad social corporativa, la sostenibilidad medioambiental incide en la gestión social pues supone tomar en consideración los efectos que el ejercicio de la actividad tiene en el medio ambiente y, en concreto, como dicha actividad puede agravar el cambio climático. De este modo, se pide a los

¹⁴ En este sentido, en los artículos 6 y 7 de los estatutos sociales de Iberdrola, en los que se da cuenta de los elementos que componen el interés social de la sociedad. De este modo, IBERDROLA incluye la obligación de atender a las políticas de sostenibilidad, tras la regulación del objeto social en el artículo destinado al “dividendo social”, como una suerte de consagración estatutaria de los elementos que conforman el fin social como causa del contrato societario. En este sentido resulta interesante la idea de incorporar otros intereses, como son los relacionados con la sostenibilidad, dentro del fin social lo que justifica su atención por parte de los administradores y su toma en consideración en el cumplimiento de los deberes fiduciarios.

¹⁵ Sobre esta cuestión, vid., J. SÁNCHEZ CALERO, “Responsabilidad Social Corporativa” en (dir.) Alonso Ledesma *Diccionario de Derecho de Sociedades*, Madrid, 2006, pág. 1027.

administradores que busquen satisfacer el interés de los socios, que en todo caso sigue siendo el elemento causal y la razón de ser de la propia sociedad, de un modo que sea respetuoso con el medio ambiente.

34. En todo caso, la inclusión de derechos sociales y el cuidado por el medio ambiente no solo se pueden analizar desde una óptica institucionalista, sino que también surgen voces que justifican su asunción desde posiciones contractualistas al señalar que estas políticas son las únicas capaces de generar valor para los accionistas en el largo plazo, de forma que solo las compañías que sean respetuosas con los parámetros de sostenibilidad serán capaces de subsistir y seguir aumentando los beneficios para sus socios en el largo plazo.

35. Una vez analizadas las implicaciones que los tres pilares de los criterios ESG tienen en la configuración del interés social, cabe preguntarse como impacta el respeto a los objetivos ESG en el cumplimiento de los deberes fiduciarios, que guían la actuación de los administradores y que derivan del establecimiento del fin social. En este sentido cabe preguntarse si la propuesta de directiva sobre diligencia debida supone un aumento significativo de la discrecionalidad en la toma de decisiones por parte del órgano de administración. En concreto, a continuación se tratará de determinar si la nueva propuesta de directiva supone un cambio respecto de las conductas que pueden suponer una infracción de los deberes fiduciarios. Todo ello será objeto de análisis a continuación, teniendo en cuenta los cambios operados por la ley 11/2018, de 28 de diciembre de 2018, de Auditoría de Cuentas.

V. El deber de diligencia en el derecho vigente

36. Una vez analizado el anclaje teórico de los deberes fiduciarios en el interés social y su vinculación con el elemento causal del contrato de sociedad, procede analizar los contornos y el contenido del deber de diligencia con el fin de poder analizar en qué medida la regulación sobre objetivos de desarrollo sostenible ha supuesto un cambio en el deber de diligencia y, en su caso, en qué sentido se ha producido dicho cambio.

37. Como se sabe la observancia del deber de diligencia, junto con el deber de lealtad, determinan el modo en el que los administradores deben desarrollar sus funciones. El conjunto de ambos deberes hace referencia a los llamados deberes fiduciarios que determinan la forma en la cual debe desarrollarse el comportamiento debido en los contratos de gestión de intereses ajenos. En el ámbito societario, a los administradores se le pide que realicen sus funciones de gestión y representación en interés de la propia sociedad, por lo que deben cumplir con el deber de diligencia y lealtad en los términos regulados en la Ley de Sociedades de Capital. El deber de diligencia a cargo de los administradores de sociedades de capital se encuentra regulado en los artículos 225 y 226 LSC. En el primero se incorpora el estándar de exigencia de la diligencia debida, que en nuestro derecho viene referido a un ordenado empresario y hace referencia al contenido básico del referido deber. De forma complementaria, el artículo 226 incorpora a nuestro ordenamiento la norma de la discrecionalidad empresarial, más conocida como la *business judgement rule*.

38. El administrador de sociedades de capital, al gestionar intereses ajenos, vendrá obligado en el ejercicio de sus funciones a la observancia del deber de diligencia. El deber de diligencia no solo hace referencia al grado de pericia y cuidado exigible, sino también a la formación que debería tener el administrador para realizar las tareas encomendadas con unas posibilidades de éxito razonable. Así, en el ejercicio de sus funciones queda condicionado por la obtención de dichos conocimientos previos y por el cuidado con el que dichas funciones deben ser realizadas. De este modo, el deber de diligencia, con carácter general, está conectado siempre con las prácticas que conforman la llamada *lex artis* que rige cada profesión¹⁶, con la forma en la cual deben realizarse las funciones encomendadas.

¹⁶ En este sentido, vid., J. MOYA BALLESTER, *La responsabilidad de los administradores de sociedades en situación de crisis*, Madrid, 2010, pág. 209.

39. Ante la ausencia de un protocolo que detalle la conducta que debe seguir el administrador en cada circunstancia, como ocurre en otras profesiones, la imposición del deber de diligencia conlleva una exigencia en cuanto a la forma de desarrollar la actividad, en relación con el cuidado y la preparación que se exige a un determinado administrador, pero en ningún caso puede desprenderse de dicha imposición la exigencia de un concreto resultado. En efecto, dicha exigencia no implica que el administrador deba asegurar el éxito de la gestión encomendada, ya que la actividad que debe desplegar el administrador debe ser siempre entendida como una obligación de medios y nunca como una obligación de resultado¹⁷. Por ello, debemos tener siempre en cuenta que el deber de diligencia se configura de forma natural como un deber de medios, en el que el administrador no viene obligado a asegurar un resultado determinado, sino a realizar una determinada conducta cuyos resultados son inciertos.

40. El análisis del deber de diligencia implica necesariamente el estudio del estándar exigible al administrador y el contenido que dicho deber tiene en cada caso concreto, cuestiones que serán objeto de estudio a continuación.

1. El estándar de diligencia

41. Frente a la concepción subjetiva del estándar de diligencia propia del *Common Law*, en virtud de la cual al administrador se le exigirá responsabilidad conforme a sus propios conocimientos, su capacidad, y experiencia y no conforme a la que razonablemente cabría esperar de una persona que ocupe su puesto¹⁸, nuestro ordenamiento opta por un criterio de carácter objetivo. Conforme a este criterio, ya no resulta relevante la capacitación y las aptitudes concretas del sujeto, pues el grado de diligencia que implica el cumplimiento del deber se medirá conforme a la capacidad que dicha persona debería tener para el ejercicio de las funciones encomendadas. Así, en el caso de los administradores de sociedades, la diligencia exigida en el ejercicio del cargo será la que razonablemente cabría exigir a una persona con la capacidad para administrar ese tipo de empresa. De este modo, en la determinación del grado de cumplimiento del deber de diligencia es necesario tomar en consideración el tamaño de la sociedad que se encuentre administrada, así como la complejidad de la actividad desarrollada¹⁹.

42. Una vez asumida la existencia de un estándar objetivo de diligencia, conviene determinar el grado de exigencia al que remite el referido estándar. Lo primero que cabe advertir al abordar esta cuestión es que el legislador al referirse a la diligencia de un “ordenado empresario”, como ocurre habitualmente en el ámbito mercantil abandona la referencia clásica a la diligencia propia de “un buen padre de familia” según la cual al sujeto en cuestión no se le exige contar con ningún conocimiento específico²⁰. Al abandonar la referencia clásica al padre de familia y sustituirla por la relativa al “ordenado empresario”, la Ley de Sociedades de Capital opta por imponer un estándar superior de diligencia²¹.

¹⁷ En este sentido, entre otros, vid., I. TIRADO, *Los administradores concursales*, Cizur Menor (Navarra), 2005, pág. 141.

¹⁸ Tal y como exponen los profesores S. MAYSON, D. FRENCH, C. RYAN, *Company Law*, Oxford, 2007, pág. 510, se adopta un criterio subjetivo en cuanto a la diligencia exigible a un administrador ya que al consejero se le demandaba la diligencia que él mismo fuera capaz de desarrollar conforme a su propia experiencia y conocimiento. De esta forma, no se esperaba que los consejeros aportaran una determinada experiencia ni que tuvieran unos conocimientos específicos. Esta concepción subjetiva del deber de diligencia, propia del derecho de sociedades del *Common Law* inglés, se fundamentaba en el hecho de que la junta general era soberana para la elección de las personas que debían conformar el órgano de administración. En consecuencia si estas carecían de la capacidad necesaria para gestionar la sociedad, en última instancia, el daño sufrido por los socios tenía su origen en su propio acto al haber elegido como administradores a personas inadecuadas para el cargo, Vid., P. DAVIES, *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*, London 2003, pág. 433; y J.H. FARRAR, N.E. FUREY, N.E., B.M. HANNINGAN, *Farrar's Company law*, London, 1991, pág. 396. Esta concepción difícilmente podrá mantenerse en la actualidad debido al escaso control que, en numerosas sociedades, ejerce la junta general sobre los administradores, lo que ha propiciado que el órgano de administración se haya convertido en el órgano principal de la sociedad.

¹⁹ Vid., J. QUIJANO GONZÁLEZ, “Deber de Diligencia”, en (dir.) Alonso Ledesma *Diccionario de Derecho de Sociedades*, Madrid, 2006, pág. 425.

²⁰ Vid., J.O. LLEBOT MAJÓ, *Los deberes de los administradores de sociedad anónima*, Madrid, 1996, pág. 52.

²¹ Por todos, vid., F. SANCHEZ CALERO, *Los administradores de sociedades de capital*, Cizur Menor, 2000, , pág. 178,

43. En este último caso, en el supuesto de un administrador de sociedades de capital debemos tomar en consideración una serie de factores. En efecto, en la determinación del estándar de diligencia exigible resulta necesario atender al tamaño y a la complejidad de la actividad que desarrolla la sociedad²². Además, en relación con la fijación del estándar de diligencia del administrador conviene tener en cuenta la estructura del órgano. Así, según señala nuestra doctrina la nota de intensidad que se exige al administrador varía en función de la estructura que adopte el órgano de administración y de la actividad a la que se dedique la sociedad. De este modo cuando el órgano esté integrado por un administrador único, se exigirá una profesionalidad mayor que en el caso de que el mismo estuviera ocupado por un órgano colegiado²³.

44. La exigencia de cumplimiento del deber de diligencia no es igual para todo tipo de administradores, pues habrá que tomar en consideración el tamaño y el tipo de sociedad, las funciones que efectivamente son encomendadas a cada uno de los administradores y si el consejero en cuestión es ejecutivo o no²⁴. No es comparable la preparación exigible a un administrador de una gran sociedad con el de una sociedad cerrada que es administrada por el socio único. Por lo tanto, es necesario tener en cuenta el tamaño de la sociedad, la complejidad de su funcionamiento, la organización del órgano de administración y el objeto que esta realiza²⁵.

2. Contenido del deber de diligencia

45. A la hora de estudiar el deber diligencia y de analizar qué concretas conductas implican su infracción con la correspondiente responsabilidad a cargo del infractor, resulta fundamental analizar el contenido concreto del referido deber. Dentro de dicho contenido se suele incluir: el deber de ejercitar el cargo, el deber de informarse, el deber de vigilar y el deber investigar.

46. El primero de los elementos clásicos a los que se vincula el deber de diligencia es el de ejercicio del cargo. En relación con este y aunque pueda parecer una obviedad conviene comenzar el análisis del contenido del deber de diligencia aludiendo al deber que pesa sobre el administrador de cumplir con las normas legales²⁶ y ese ejercicio del cargo debe suponer en todo caso un ejercicio conforme a derecho, lo que supone el cumplimiento normativo del ordenamiento que se impone al propio administrador como a la sociedad administrada. De este modo, el ejercicio del cargo supone la observancia del principio de legalidad. Por otro lado, el ejercicio del cargo viene vinculado al carácter profesional de dicho desempeño. Como se sabe, el ejercicio del cargo no supone, con carácter general, la exigencia de una

quien señala que la renuncia al módulo del buen padre de familia, no tener otro significado que el aumento del estándar exigible.

²² En este sentido, vid., J. QUIJANO GONZÁLEZ, “Deber de Diligencia”, ob. cit., pág. 425; y C. GUERRRERO TREVIJANO, *El deber de diligencia de los administradores en el gobierno de las sociedades de capital*, Cizur Menor, 2014, pág. 124.

²³ vid., F. SANCHEZ CALERO, “Administradores, artículos 123 a 143”, en *Comentarios a la Ley de Sociedades de Sociedades Anónimas* (dir.) F. Sánchez Calero, Madrid, 1994, pág. 104. También en este sentido se manifiesta J. QUIJANO GONZÁLEZ, “Deber de Diligencia”, ob. cit., págs. 424 y 425.

²⁴ Vid. P. DAVIES, *Gower and Davies’ Principles...*, ob. cit., pág. 435; A. HICKS, “Advising on wrongful trading, part 1”, en *Co. La.*, vol. 14, núm. 1, 1993, pág. 16.; V. FINCH, en “Company Directors: who cares about skill and care?”, *Mod. L. Rev.*, 1992, núm. 55, pág. 203; A. WALTERS, “Directors’s dutie: the impact of the Company Disqualification Act 1986”, *Co.La.*, vol. 21, núm. 4, págs. 110 y 111; y L. DOYLE, “Anomalies in the wrongful trading provisions”, en *Co. La.*, vol. 13, núm. 5, 1992, pág. 97. Este último autor señala que el salario que percibe el administrador puede indicar el grado de experiencia y profesionalización del administrador en cuestión.

²⁵ Vid. P. DAVIES, *Gower and Davies’ Principles...*, ob. cit., pág. 435. Sobre esta cuestión la profesora V. FINCH, en “Company Directors...”, ob. cit., pág. 210, considera que no se debe profesionalizar a los consejeros, aunque sí que sería deseable que se elevaran los niveles de profesionalidad y capacitación entre las personas que ocupan un puesto de consejero. La utilización del criterio objetivo tan solo implica que el administrador en cuestión deberá desempeñar las funciones propias de su cargo de acuerdo con el conocimiento, la capacidad y la experiencia razonablemente exigibles a una persona que ocupe ese puesto en particular, teniendo en cuenta el tipo y el tamaño de la sociedad administrada. Pese a que no necesariamente deban ser profesionales, a los consejeros no ejecutivos se les debe exigir una labor de supervisión que fiscalice la gestión realizada por los consejeros ejecutivos.

²⁶ Así se manifiesta C. GUERRRERO TREVIJANO, *El deber de diligencia de los administradores...*, ob. cit., pág. 133.

concreta formación. Sin embargo, esto no supone que el administrador no deba formarse para adquirir los conocimientos y la experiencia necesarios para ese tipo de actividad²⁷, siempre teniendo en cuenta el estándar objetivo de exigencia.

47. En relación con el deber de mantenerse informado, el administrador de la sociedad deberá recabar la información necesaria antes de la toma de cualquier decisión que afecte a la llevanza de la sociedad. Por ello, para el debido cumplimiento del deber de diligencia es necesario que el administrador consulte a los expertos necesarios²⁸. En este sentido cabe señalar que el grado de información que implica la observancia de este deber varía en función de varios factores, tales como la magnitud de la decisión adoptada, el tiempo disponible para su adopción, el coste de la decisión y los conocimientos propios que el administrador tenga para evaluar la situación²⁹.

48. En la toma de decisiones pesan sobre los administradores dos deberes distintos. Por un lado el deber de informarse, en sentido estricto, y por otro, el deber de adoptar una decisión razonable con base en la información obtenida³⁰. Los administradores tienen la obligación de informarse adecuadamente antes de tomar cualquier decisión³¹. En cuanto a las conductas concretas que integran el contenido del deber de informarse, podemos destacar la de mantenerse debidamente informado acerca de la situación económica de la sociedad y asistir a tantas reuniones como sea necesario para el correcto funcionamiento de la actividad³².

49. El deber de vigilancia supone que los administradores deben vigilar el funcionamiento de la sociedad y mantenerse en todo momento al corriente de la información que llega al consejo de administración. El deber de vigilancia no implica la observancia directa de toda la actividad empresarial por parte de los administradores, sino la implantación y posterior revisión de sistemas efectivos de vigilancia. El cumplimiento de este deber no supone que los administradores deban vigilar todo lo relacionado con la sociedad, sino solo la información determinante, es decir, aquella cuyo desconocimiento pueda suponer un perjuicio para la sociedad³³. Estos sistemas deben permitir a los administradores obtener información adecuada acerca del funcionamiento de la empresa social³⁴ y poder fiscalizar la labor realizada por los *officers*³⁵, y el resto de ejecutivos de la empresa. Se dice que es competencia de los administradores velar por el mantenimiento de la eficiencia de los sistemas de vigilancia e información implantados³⁶.

²⁷ Sobre esta cuestión, vid., V. RIBAS, “Deber de diligente administración (art. 225)”, en Rojo-Beltrán (dirs.) *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Madrid, 2011, págs. 1615 y 1616, quien señala que la profesionalidad también implica el conocimiento de las leyes y las obligaciones exigibles.

²⁸ Vid., J. QUIJANO GONZÁLEZ, “Deber de Diligencia”, ob. cit., pág. 424.

²⁹ Vid., M.A. EISENBERG, “The duty of care of corporate directors and officers”, *University of Pittsburgh Law Review*, 1989-1990, vol. 51, pág. 958. Este autor considera que en multitud de ocasiones las decisiones de carácter empresarial deben ser tomadas rápidamente. Este factor tiene una repercusión indudable en cuanto a los niveles de diligencia que deban considerarse razonables.

³⁰ Vid., M.A. EISENBERG, “The duty of care ...”, ob. cit., págs. 958 y ss. Este autor sostiene que los administradores tienen la obligación de adoptar decisiones diligentes. Este deber tiene dos elementos. En primer lugar, encontramos un elemento procedimental, que implica la obtención de la información necesaria para la toma de decisiones razonables. En segundo lugar, existe un elemento sustantivo, que hace referencia a la calidad de la propia decisión adoptada. También en este sentido vid., R. CIERI y M. RIELA, “Protecting Directors and Officers of Corporations That Are Insolvent or in the Zone of Vicinity of Insolvency: Important Considerations, Practical Solutions”, *DePaul Business and Commercial Law Review*, vol. 2, 2003-2004, pág. 297.

³¹ Sobre el deber de mantenerse informado vid., *Smith v. Van Gorkon*, Del., 29 de enero de 1985, 488 A.2d 858, pág. 893. En esta sentencia el Tribunal Supremo de Delaware considera que los administradores no cumplieron con su deber de diligencia puesto que no se informaron adecuadamente antes de tomar una decisión de carácter empresarial. Vid. también J. LIPSON, “Directors’ Duties to Creditors: power imbalance and the financially distressed corporation”, *UCLA Law Review*, pág. 1196.

³² Vid., M. MCMURRAY, “Historical Perspective of the duty of care, the duty of loyalty, and the business judgement rule”, *Vand. Law Review*, vol. 40, 1987, pág. 612.

³³ Vid., S. COHN, “Demise of the Director’s Duty of Care: Judicial Avoidance of Standards and Sanctions through the Business Judgment Rule...”, *DePaul Business and Commercial Law Review*, Vol. 62, 1983, págs. 613 y 614.

³⁴ Vid., M.A., EISENBERG, “The duty of care ...”, ob. cit., págs. 951 y 952.

³⁵ Vid., M. MCMURRAY, “Historical Perspective...”, ob. cit., pág. 612.

³⁶ Vid., M.A. EISENBERG, “The duty of care ...”, ob. cit., pág. 952.

50. La doctrina estadounidense pone de manifiesto que el deber de vigilancia no implica obtener toda la información relativa a la sociedad, lo cual resultaría no solo inviable, sino también inconveniente, pues los administradores difícilmente podrían llevar a cabo las funciones encomendadas si además tuvieran que analizar toda esa información. Si el sistema de delegación resulta razonable, el hecho de que se produzca un fallo en su ejecución por parte de los ejecutivos no implica un incumplimiento del deber de diligencia por parte de los administradores³⁷.

51. El deber de investigar supone que los administradores deben hacer un seguimiento de aquella información que han obtenido que pueda constituir motivo de preocupación para la sociedad³⁸. Este debería ser contemplado como la consecuencia lógica de la aplicación del deber de vigilancia. Mediante el cumplimiento del deber de vigilancia los administradores obtienen determinada información, que puede ser relevante o no. Pues bien, en este sentido el deber de investigar tiene un doble contenido. Por un lado, implica que el administrador debe asegurarse de que la información obtenida es cierta. Por otro lado, obliga a obtener datos adicionales acerca de aquella información que ha sido considerada previamente como relevante³⁹. Se trata de recopilar información adicional que permita explicar los datos ya conocidos o prever las consecuencias de los mismos.

52. Para cumplir con el deber de investigar, los administradores no deben limitarse a la información disponible. Si consideran que la misma no resulta adecuada o es insuficiente pueden solicitar información adicional o explicaciones sobre la disponible⁴⁰. Hay que tener en cuenta que el presente deber de investigación está íntimamente ligado tanto al deber de información como al deber de vigilancia, pues se trata de investigar las causas y obtener nueva información respecto de aquellos datos que ya eran conocidos⁴¹. A este respecto, se dice que el administrador tiene derecho a confiar en la información que le proporcionan sus subordinados⁴². Lógicamente, si dicha información no resulta congruente con el resto de datos, como ya se ha dicho, pesa sobre el administrador la obligación de investigar y determinar cuál es la causa que genera la discrepancia.

3. La *business judgement rule*

53. La regla de la discrecionalidad empresarial viene a actuar como cláusula de cierre del deber de diligencia al limitar la responsabilidad de los administradores por no haber obtenido los resultados empresariales buscados. Así, según dispone el artículo 226 LSC, en el ámbito de las decisiones empre-

³⁷ Vid., Ch.E. M. KOLB, "The Delegation of Authority to Committees of the Board of Directors: Directors' Liabilities", *University of Baltimore Law Review*, vol. 9, 1980, pág. 189; y M.A. EISENBERG, "The duty of care ...", ob. cit., págs. 954 y 955. Estos autores sostienen que en tanto la delegación haya sido realizada de forma "adecuada", en el caso del primero, o "razonable", en el caso del segundo, los administradores se verán libres de responsabilidad, incluso cuando se haya podido llegar a producir un fallo en la ejecución de dicha delegación. También en este sentido, vid., S. COHN, "Demise of the Director's Duty...", ob. cit., págs. 613 y 614. Como sostiene este autor resulta imposible vigilar toda la actividad que se produce en la sociedad, pero sí es posible mantenerse al tanto de lo más relevante a través de sistemas de control, tales como la exigencia de informes periódicos de la actividad.

³⁸ Vid., M.A., EISENBERG, "The duty of care ...", ob. cit., pág. 956.

³⁹ Vid., G. GUERRA MARTÍN, *El gobierno de las sociedades cotizadas estadounidenses, su influencia en el movimiento de reforma del derecho europeo*, Cizur Menor (Pamplona), 2003, pág. 431.

⁴⁰ Vid., J.O. LLEBOT MAJÓ, *Los deberes de los administradores...*, ob. cit., pág. 66.

⁴¹ Vid., *Bates v. Dresser*, 247, Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 1 de marzo de 1920, pág. 250. En este asunto se hace responsable al presidente del consejo de administración por no hacer una investigación adicional cuando de la información disponible se desprendía que la sociedad se enfrentaba a una situación de riesgo. Sin embargo, los consejeros externos fueron exculpados pues no disponían de la información relevante y por tanto, no podían investigarla. En este asunto, se aprecia claramente que el deber de investigar surge solo con posterioridad a la recepción de la información relevante, puesto que los consejeros que no disponían de información alguna no incumplieron su deber de investigar.

⁴² Por el contrario, en el ámbito societario los administradores tienen derecho a confiar en la información que les proporcionan los empleados, los altos cargos de la sociedad (*officers* y otros ejecutivos) y aquellos profesionales que actúan por cuenta de la sociedad (abogados, auditores, etc.). En este sentido, vid., G. GUERRA MARTÍN, *El gobierno de las sociedades...*, ob. cit., pág. 426.

sariales se entenderá que los administradores han cumplido con el estándar de diligencia debida cuando hubieran actuado de buena fe, sin un interés personal, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado.

54. Como señala nuestra doctrina, los administradores en el ejercicio de su actividad no vienen obligados a obtener el éxito empresarial, lo que supone que tampoco se le pueda exigir responsabilidad con carácter general por los daños sufridos⁴³. Se dice que la regla de la discrecionalidad empresarial crea un puerto seguro para los administradores, cuyas decisiones no podrán ser revisadas *a posteriori* por la justicia en el ámbito del deber de diligencia, siempre y cuando se hayan adoptado en determinadas circunstancias⁴⁴, protegiendo de este modo la gestión de los administradores, como mecanismo de exoneración.

55. La regla de discrecionalidad empresarial supone un refuerzo en cuanto a la consideración del deber de diligencia como una obligación o un haz de obligaciones de medios. Así pues, mientras el administrador cumpla con determinados comportamientos no será responsable por el resultado lesivo de su gestión empresarial. Lógicamente la norma de la discrecionalidad empresarial exculpa la posible responsabilidad de los administradores respecto de una infracción del deber de diligencia, pero carece de aplicación alguna en relación con la infracción del deber de lealtad⁴⁵.

56. La justificación teórica para el establecimiento de la regla de la discrecionalidad empresarial reside básicamente en la idea de que los administradores de la sociedad están mejor preparados que los tribunales de justicia para tomar decisiones de carácter empresarial⁴⁶. De este modo, si aquellos están mejor preparados que los miembros de un tribunal para la gestión empresarial, estos últimos no podrán sustituir ni realizar un juicio de oportunidad *a posteriori* sobre las decisiones adoptadas por los primeros. En definitiva, tiene poco sentido que personas que carecen de conocimientos técnicos evalúen las decisiones técnicas adoptadas por otras personas que sí tienen dichos conocimientos.

57. El objetivo que se perseguía con el establecimiento de la regla de la discrecionalidad empresarial era doble. Por un lado, se pretendía dotar de una mayor protección a los administradores de sociedades frente a las posibles demandas interpuestas por actuación negligente. Con ello se procuraba que la responsabilidad por quebranto del deber de diligencia no disuadiese de ocupar un puesto como administrador a las personas más preparadas. La doctrina estadounidense temía, por un lado, que las personas más cualificadas se abstuvieran de formar parte de los consejos de administración y por otro que, si estas

⁴³ Vid., J. ORIOL LLEBOT, “Los deberes y la responsabilidad de los administradores”, en *La responsabilidad de ellos administradores de las sociedades mercantiles*, Valencia 2013, págs. 30 y 31.

⁴⁴ Vid., J. ALFARO ÁGUILA-REAL, “El deber de actuación independiente de los administradores en el mejor interés de la sociedad”, en *Almacén de Derecho*, Ago., 2018. Vid., también A. RONCERO SÁNCHEZ, “Protección de la discrecionalidad empresarial y cumplimiento del deber de diligencia”, en *Junta general y consejo de administración en la sociedad cotizada*, (dir.) Rodríguez Artigas, F. et al., Tomo II, Cizur Menor, 2016, pág. 387. En un sentido similar, J. JUSTE MENCIA, “Protección de la discrecionalidad empresarial”, en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, (dirs.) J.A. García Cruces y I. Sancho Gargallo, Tomo III, Valencia, 2021, pág. 3108. Por otro lado, A. RECALDE CASTELLS, “Modificaciones en el régimen del deber de diligencia de los administradores”, en *Estudios jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán: Liber Amicorum*, Tomo II, dir. A. Rojo y A.B. Campuzano, Valencia, 2015, pág. 606 de 2445 (versión consultada en la biblioteca on-line tirant), considera que la norma tal y como está planteada debe reconducirse a una norma presuntiva en virtud de la cual, cuando se den los requisitos exigidos por el artículo 226 LSC, entonces la actuación del órgano de administración deberá ser considerada diligente. Vid., Ch. HANSEN, “Duty of Care, the Business Judgment Rule, and the American Law Institute Corporate Governance Project”, *The Business Lawyer*, vol. 48, 1992-1993, pág. 1357; y C. PAZ ARES, *Responsabilidad de los administradores y gobierno corporativo*, Madrid, 2007, págs. 72 y ss. Estos autores distinguen entre el ámbito de la toma de decisiones empresariales y cualquier otro, estableciendo que solo en el primero será aplicable la *business judgement rule*.

⁴⁵ Vid., A. DIAZ MORENO, “la business judgement rule en el proyecto de ley de modificación de la Ley de Sociedades de Capital”, en *Análisis Gomez-Acebo y Pombo*, julio 2014, pág. 5.

⁴⁶ Vid., *Gries Sports Enterprises, Inc. v. Cleveland Browns Football*, Ohio St.3d 15, 496 N.E.2d 959, sentencia dictada por el Tribunal Supremo de Ohio, el 20 de agosto de 1986, págs. 963 y 964. Se dice que “The rule is a rebuttable presumption that directors are better equipped than the courts to make business judgments and that the directors acted without self-dealing or personal interest**964 and exercised reasonable diligence and acted with good faith”. También en este sentido, vid., *Aronson v. Lewis Del.*, 1 de marzo de 1984, 473 A.2d 805, pág. 812.

personas finalmente llegaban a ocupar el puesto de administradores, su actuación fuera excesivamente cautelosa por miedo a los posibles perjuicios que pudiera acarrear la exigencia de responsabilidad⁴⁷. En definitiva, se temía que los beneficios empresariales se resintieran ya que las sociedades podían acabar siendo administradas por personas poco brillantes o que los administradores en su gestión diaria evitaran cualquier decisión que implicara un riesgo empresarial. En segundo lugar, de acuerdo con esta norma, los tribunales no podrán sustituir las decisiones adoptadas por los administradores por aquellas que los propios tribunales de justicia consideren más oportunas⁴⁸. Con esta segunda consecuencia no solo se incrementa la seguridad de los administradores sino que se dota de mayor seguridad jurídica a todo el mercado, ya que los acuerdos adoptados por los administradores no podrán ser sustituidos⁴⁹.

58. En cuanto al contenido, quizás la forma más eficiente de abordar el estudio de los presupuestos de la regla sea su división en dos grupos: 1) los relativos a la buena fe, que incluiría la ausencia de un interés personal, por un lado; y 2) por otro, el relativo a las cuestiones procedimentales.

59. En relación con la buena fe, la doctrina estadounidense ha enunciado una serie de parámetros que debe reunir una acción para que esta pueda ser considerada respetuosa con la buena fe⁵⁰. En primer lugar, el administrador, a la hora de adoptar su decisión empresarial, no debe tener un interés personal en ella. Se dice que el administrador no debe estar en ambas partes de la transacción, ni esperar ningún tipo de beneficio personal que se derive de la realización de dicha transacción⁵¹. Además, se señala que los administradores deben actuar de forma independiente, lo que implica que no deben verse influenciados por otras personas⁵². Por otro lado, la buena fe supone que la acción adoptada debe redundar en provecho de la sociedad, en el mejor interés de la sociedad⁵³. En este sentido, resulta fundamental la noción de *corporate waste*, que considera fuera de la noción de puerto seguro la adscripción de recursos a materias no vinculadas a la actividad empresarial. Por último, si la actuación del administrador debe realizarse en el mejor interés de la sociedad, en la misma no podrá existir un interés personal por parte del administrador⁵⁴.

60. Este requisito faltará cuando el beneficio obtenido por la sociedad sea desproporcionadamente inferior a aquello a lo que renuncia o cuando se produzca un derroche del patrimonio social⁵⁵. Este requisito está íntimamente ligado con el de la actuación manifiestamente errónea, que implica la

⁴⁷ Vid., R.F. BALOTTI y J.J. Jr. HANKS, “Rejudging the Business Judgment Rule”, *The Business Lawyer*, vol. 48, 1992-1993, pág. 1339; S. ARSHT, “Business Judgment Rule Revisited” *Hofstra Law Review*, Vol. 8, 1979-1980, pág. 97; y J.O., LLEBOT MAJÓ, *Los deberes de los administradores...*, ob. cit., pág. 75.

⁴⁸ Vid., R. BALOTTI y J. HANKS, “Rejudging the Business ...”, ob. cit., pág. 1339.

⁴⁹ Junto a todo lo anterior, los profesores F. EASTERBROOK y D. FISCHER, *La estructura económica del Derecho de Sociedades de Capital*, Madrid, 2002, págs. 120 – 129, entienden que estas razones no explican por sí solas la implantación de la regla de la discrecionalidad empresarial. Según estos autores, existen razones de oportunidad que motivan la renuncia a la imposición de una condena indemnizatoria en los casos de actuación negligente. El administrador tratará de realizar su labor con la mayor diligencia pues de ello depende su trabajo. Se dice, además, que para la sociedad es más rentable mantener al administrador que ha actuado negligentemente en una ocasión, que exigirle responsabilidad, buscar a un nuevo administrador, formarlo y esperar a que adquiera la experiencia suficiente en el campo en el que opera la sociedad como para administrarla eficientemente. La regla de la discrecionalidad empresarial evita este tipo de situaciones permitiendo perseguir solo aquellas actuaciones realizadas con culpa grave.

⁵⁰ Vid., Ch. HANSEN, “Duty of Care...”, ob. cit., págs. 1364-1369.

⁵¹ Vid., *Aronson v. Lewis* Del., 1 de marzo de 1984, 473 A.2d 805, pág. 812. En esta resolución se dice expresamente que “directors can neither appear on both sides of a transaction nor expect to derive any personal financial benefit from it”.

⁵² Vid., *Aronson v. Lewis* Del., 1 de marzo de 1984, 473 A.2d 805, pág. 816. En esta sentencia el Tribunal Supremo de Delaware sostiene que “Independence means that a director’s decision is based on the corporate merits of the subject before the board rather than extraneous considerations or influences.”

⁵³ Vid., A. RONCERO SÁNCHEZ, “Protección de la discrecionalidad empresarial...”, ob. cit., pág. 417; J. JUSTE MENCIA, “Protección de la discrecionalidad...”, ob. cit., pág. 3111. La doctrina y la jurisprudencia hablan del concepto de *corporate waste*, como pérdida o falta de provecho o beneficio de la sociedad.

⁵⁴ Sobre el carácter redundante del planteamiento legislativo, vid., J. JUSTE MENCIA, “Protección de la discrecionalidad...”, ob. cit., pág. 3112.

⁵⁵ Vid., H. FLEISCHER, “La business judgement rule a la luz de la comparación jurídica y de la economía de mercado”, *RDM*, núm. 246, 2002, págs. 1148 y 1149.

adopción de una decisión que a todas luces pueda ser considerada como irrazonable o imprudente⁵⁶. Por supuesto, no superará este requisito la actuación de los administradores que pueda ser considerada como una conducta ilegal o fraudulenta⁵⁷. Finalmente y solo en relación con el derecho anglosajón, también quedan fuera del concepto de buena fe aquellas conductas que se realizaron fuera de su ámbito de representación propio de los administradores⁵⁸. Como se ha dicho, este último apunte carece de interés en nuestro derecho dada la aplicación de la concepción orgánica del órgano de administración.

61. En segundo lugar, el artículo 226 LSC exige para la aplicación de la regla de la exoneración empresarial que la decisión en cuestión haya sido adoptada conforme a un procedimiento de decisión adecuado. Se dice acertadamente en relación con este requisito que la complejidad del procedimiento, que la búsqueda de asesoramiento o su debate en el seno del consejo de administración debe matizarse en función del tamaño de la sociedad, pues el procedimiento deliberativo será de menor entidad en una sociedad de reducido tamaño⁵⁹. Por otro lado, y como no puede ser de otra manera, es necesario tener en cuenta las circunstancias en las que se tuvo que tomar la decisión y muy especialmente la urgencia existente. En este sentido, el artículo 226 LSC exige que la decisión en cuestión, para quedar cubierta por la regla de la discrecionalidad empresarial, sea adoptada con la información suficiente. Este requisito está íntimamente relacionado con el anterior, y es que en la existencia de un proceso deliberativo será fundamental para la obtención de información. Asimismo, también obtiene apoyo teórico en el deber de vigilar e investigar, y es que el administrador no solo debe adoptar un rol pasivo en relación con el deber de mantenerse informado, sino que ante determinadas circunstancias, como puede ser la toma de decisiones, se exige una conducta activa con el fin de recabar la información necesaria. De acuerdo con la doctrina estadounidense el deber de actuar con la debida información tiene sus límites, pues se dice que los administradores, a la hora de informarse, deberán emplear los recursos económicos adecuados a la magnitud de la decisión que vayan a adoptar. En multitud de situaciones, la información que les proporciona su propia experiencia en la gestión será suficiente para la toma de decisiones. La información debe ser requerida solo cuando la misma produzca un beneficio respecto de la decisión empresarial que se vaya a adoptar⁶⁰

62. A modo de recapitulación y en relación con el objeto del presente trabajo, podemos señalar que la regla de la discrecionalidad empresarial supone un refuerzo a la caracterización del deber de diligencia como un haz de obligaciones de medios, y nunca supone la imposición de una obligación de resultados. Esto se conecta con la exigencia, para su cumplimiento, de haber adoptado la decisión en cuestión a través del debido proceso. En este sentido resulta sumamente importante la noción de *corporate waste*, pues implica que aquellas decisiones que supongan la adscripción de recursos a áreas no vinculadas directamente con el ejercicio de la actividad empresarial no quedarán amparadas por la regla

⁵⁶ Vid., *Aronson v. Lewis* Del., 1 de marzo de 1984, 473 A.2d 805, pág. 815.

⁵⁷ Vid., *Kelly v. Bell* Del., 15 de mayo de 1969, 254 A.2d 62, págs. 74 y 75. La sentencia establece que como la conducta de los administradores no puede ser calificada como ilegal o fraudulenta en el caso concreto, la regla de la discrecionalidad empresarial debe aplicarse. *A sensu contrario*, si la conducta hubiera sido ilegal o fraudulenta, esta no se hubiera visto amparada por la *business judgment rule*. En este sentido vid., M. MCMURRAY “Historical Perspective...”, ob. cit., pág. 617; y H. FLEISCHER, “La *business judgment rule*...”, ob. cit., pág. 1748.

⁵⁸ Cuando la actuación se llevó a cabo de forma *ultra vires*. Este concepto es definido por el profesor L.C.B. GOWER, *Gower's Principles of Modern Law*, London, 1992, pág. XCIV, como un acto realizado por una persona en nombre de la sociedad, sin poder de representación. Esta falta de representación, se puede producir por la falta de poder o porque el acto en sí va más allá del objeto social de la sociedad. Existe un sector de la doctrina que entiende que la teoría del *ultra vires* se encuentra en declive. Así, F. EASTERBROOK y D. FISCHER, *La estructura económica...*, ob. cit., págs. 129 y 130 mantienen que los actos que tradicionalmente se consideraban *ultra vires* en la actualidad bien pueden incluirse dentro de la estrategia empresarial de la sociedad. Este será el caso de un pago hecho a una sociedad benéfica puede elevar el prestigio de la sociedad donante o para darle una determinada publicidad. En este sentido cabe recordar la importancia que la llamada responsabilidad social corporativa ha adquirido en los últimos tiempos.

⁵⁹ Vid., J. JUSTE MENCIA, “Protección de la discrecionalidad...”, ob. cit., pág. 3112.

⁶⁰ Vid., F. EASTERBROOK, y D. FISCHER, *La estructura económica...*, ob. cit., págs. 135 y 136. Estos autores sostienen de forma gráfica que carece de sentido que un administrador encargue un informe de 100.000 dólares para decidir si sube el sueldo 10 dólares a un empleado administrativo.

de discrecionalidad empresarial. El segundo de los requisitos, el de la buena fe, tiene como consecuencia inaplicación de la regla de discrecionalidad empresarial a las infracciones del deber de diligencia.

4. La reforma introducida por la Ley 5/2021

63. El deber de diligencia regulado en el artículo 225 LSC ha sido modificado por la Ley 5/2021, relativa a la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas. Conforme al tenor del nuevo artículo, los administradores deberán “*subordinar, en todo caso, su interés particular al interés de la empresa.*” Pese a que la reforma fue introducida por una norma destinada a regular las sociedades obligadas a formular cuentas consolidadas, la modificación del deber de diligencia es aplicable a todas las sociedades de capital.

64. Esta modificación ha sido criticada por la doctrina fundamentalmente por considerar que no se ha regulado en el lugar adecuado y por la falta de técnica legislativa. En este sentido, se dice que la norma no hace referencia al deber diligencia, puesto que su contenido se vincula con el deber de lealtad: obligando a subordinar su interés particular, el de los administradores, al de la “empresa”⁶¹. Esta cuestión, que de algún modo, también se reproduce en la propuesta de directiva de diligencia debida será analizada cuando se aborde el estudio de la propuesta de directiva, con el fin de no incurrir en reiteraciones innecesarias.

65. Al margen de las deficiencias técnicas advertidas, es posible concluir que la reforma no supondrá un gran cambio respecto a la regulación previa pues la obligación de anteponer los intereses sociales a los propios era una cuestión pacífica con la regulación previa. No obstante puede parecer que el legislador al supeditar la actuación de los administradores “al interés de la empresa” opta por la inclusión de otros intereses distintos a los estrictamente vinculados a los socios⁶².

66. Lo primero que cabría señalar es que el legislador de 2021 opta, al igual que el legislador europeo, por la utilización del concepto de “interés de empresa”, en detrimento del interés social o el interés de la sociedad. En este sentido, debemos determinar si el legislador utiliza el término empresa en un sentido técnico jurídico, o si bien opta por un concepto económico de empresa que es el que habitualmente se utiliza también en el ámbito coloquial. Como se sabe, el concepto jurídico de empresa se identifica con la actividad desarrollada por el empresario, mientras que en el sentido económico/coloquial la empresa se “sujetiviza” hasta su identificación con la figura jurídica del empresario, siendo equivalente en este tipo de lenguaje al concepto técnico de sociedad.

67. Si asumimos que el legislador ha hecho un uso del concepto en su primera acepción, jurídico-técnica, la prescripción legislativa resulta un tanto tautológica, pues implicaría que los administradores deben buscar la mayor eficiencia de la actividad, sin distinguir si dicha actividad debe beneficiar a unos u a otros. En este sentido la eficiencia de la actividad no debería confundirse con el interés original de los socios, pues podría entenderse en ampliar la cuota de mercado sin atender a la eficacia económica que esa actividad pudiera reportar. Por esta razón, cabe concluir que el legislador ha hecho uso del concepto de empresa en un sentido económico/coloquial que es el más habitual⁶³.

⁶¹ En este sentido, vid., J. JUSTE MENCÍA, “Deber general de diligencia”, ob. cit., pág. 3101, quien además critica la técnica utilizada por el legislador al vincular la actuación de la sociedad al interés de la “empresa”, que como es sabido carece de personalidad jurídica. También critica la reforma por incorrecta ubicación el profesor J.A. GARCÍA-CRUCES, *Derecho de Sociedades Mercantiles*, Valencia, 2021, pág. 389, en nota al pie.

⁶² Vid., J. JUSTE MENCÍA, “Deber general de diligencia”, ob. cit., pág. 3101 y 3102, quien señala que la norma parece acercarse al paradigma institucionalista con la utilización del término “interés de la empresa”, para así dar cabida a otros intereses distintos de los intereses de los socios. No obstante, no parece que esta reforma vaya a suponer un gran cambio en el tratamiento de los intereses y los deberes de los administradores.

⁶³ Esto también ocurre así en la propuesta de directiva sobre diligencia debida analizada en el presente trabajo.

68. Así, según esta acepción el mandato legal obliga a subordinar el interés personal de los administradores al interés social o al interés de la sociedad. Como se ha dicho, esta reforma no aporta mucho pues resulta una cuestión pacífica la vinculación del ejercicio de la administración social, tanto en su fundamento como en la forma de ejercicio de los deberes fiduciarios, al interés social. De este modo, simple y llanamente, el legislador nos recuerda que no solo el deber de lealtad debe ser ejercitado con la vista en el interés social, sino que además el interés social debe informar también el ejercicio del deber diligencia.

69. Finalmente cabe decir en relación con la reforma incorporada en 2021 que el legislador podía haber subordinado el interés particular de los administradores al “interés de los socios”, optando de forma clara por una visión netamente contractualista en el modo de ejercicio de los deberes fiduciarios. Sin embargo, ha optado por una redacción de carácter neutra, mediante la utilización del concepto de interés social (el interés de la empresa, en este caso) en el que tienen cabida tanto las teorías de carácter contractualista como las teorías de carácter institucionalista, manteniendo la tradicional indefinición del legislador al respecto⁶⁴.

VI. Los deberes fiduciarios en la propuesta de directiva

1. Cuestiones previas

70. La propuesta de directiva no solo se limita a incluir una serie de obligaciones en relación con los criterios de sostenibilidad que necesariamente debe asumir la mediana y gran empresa, sino que además trata de actualizar la noción de deber de diligencia, para conciliar el debido tratamiento de los criterios ESG con el desempeño de las funciones encomendadas a los administradores. En este sentido, el artículo 25 de la propuesta de directiva modifica la regulación del deber de diligencia para establecer que al actuar en el mejor interés de la empresa, los administradores...deben tener en cuenta las consecuencias de sus decisiones en materia de sostenibilidad⁶⁵. Así, según se desprende del texto, el artículo 25 propuesto modifica el deber de diligencia al exigir que los administradores tomen en consideración la protección de los objetivos de desarrollo sostenible. No obstante, esta tan solo es una propuesta de la Comisión que no suscita un apoyo unánime en el seno de las instituciones europeas. En este sentido, el Consejo de la Unión Europea, en su posición de negociación (orientación general) modifica algunos aspectos fundamentales de la propuesta de directiva entre los que destaca la eliminación del propio artículo 25. Según pone de manifiesto el Consejo, se propone la eliminación de dicho artículo por las inquietudes manifestadas por los estados respecto del contenido del precepto. En concreto, los estados miembros consideran que la modificación propuesta podría alterar de forma inadecuada sus legislaciones nacionales al “socavar la obligación de los administradores de actuar en el mejor interés de la empresa”⁶⁶. Esta objeción será objeto de estudio a continuación.

⁶⁴ Dicha indefinición debe valorarse de positiva pues otorga a las partes, los socios, la libertad necesaria para escoger cuáles son los fines que la sociedad debe perseguir y en definitiva cuál es fin principal y los fines accesorios que con el otorgamiento del contrato de sociedad se proponen perseguir.

⁶⁵ Antes de iniciar el estudio de las implicaciones que el artículo 25 de la directiva de reforma tendrá en nuestro derecho de sociedades, conviene referirse a la expresión “interés de la empresa” que utiliza el legislador europeo. Al igual que hizo el legislador español de 2021, la propuesta de directiva vincula a la actuación de los administradores al interés de la empresa y, tal y como se argumentó entonces, ahora también debemos asumir que el concepto de empresa está utilizado de forma coloquial. En efecto el artículo 3 de la propuesta de directiva dispone que por empresa debe entenderse una persona jurídica...”. En consecuencia, cuando el texto jurídico se refiere al interés de la empresa debemos entender el interés de la persona jurídica, o de forma más concreta el interés de la sociedad. Por lo tanto, el interés de la empresa debe entenderse como una expresión sinónima de interés social. Al igual que ocurre con la reforma española de 2021, el tenor de del artículo 25 vuelve a hacer referencia a la toma en consideración de determinados intereses al regular el deber de diligencia. No obstante, en el caso que nos ocupa el legislador europeo va más allá de lo que hizo el legislador nacional, pues impone la obligación de incorporar los criterios EGS en la toma de decisiones de los administradores.

⁶⁶ En <https://www.consilium.europa.eu/es/meetings/compet/2022/12/01/> es posible consular la posición (orientación general) del Consejo. A este respecto, el parlamento podría aceptar sin más la posición de Consejo emitida en su orientación general

71. Finalmente, el Parlamento Europeo se manifestó al respecto mediante la presentación de enmiendas, de fecha 1 de junio de 2023, al proyecto de directiva de diligencia en materia de sostenibilidad. Tras su adopción por el Parlamento Europeo ahora se abre un periodo de negociación a tres bandas entre las instituciones implicadas, hasta la adopción del acuerdo final que permita aprobar un texto consensuado de directiva de diligencia debida. En todo caso, pese al elevado número de enmiendas aprobado por el parlamento, este no se manifiesta sobre la modificación del deber de diligencia contenido en el artículo 25 de la propuesta de comisión, alineándose de este modo con la propuesta realizada por la Comisión. Con todo, la posición del parlamento no asegura la incorporación del artículo 25, pues la objeción del Consejo se mantiene.

2. La propuesta de modificación de los deberes fiduciarios

72. Como se ha dicho, el artículo 25 de la propuesta de directiva modifica el deber de diligencia para establecer que, al actuar en el mejor interés de la empresa, los administradores...deben tener en cuenta las consecuencias de sus decisiones en materia de sostenibilidad⁶⁷. Al igual que ocurriese con la Ley 11/2018, determinados operadores jurídicos, e incluso el propio Consejo de la Unión de Europea, se han planteado la conveniencia de incluir una previsión que pudiese afectar a los intereses que los administradores deberían perseguir con su actuación. En concreto, el Consejo de la Unión Europea, en su posición de diciembre de 2022, estima oportuno eliminar el precepto al considerar que su regulación podía socavar la obligación de los administradores de actuar en el mejor interés de la empresa (entendida fundamentalmente como el interés de los socios). Según esta interpretación, la propuesta de directiva afectaría al elemento causal del contrato de sociedad de una forma indeseable. En un sentido similar, algunos operadores del derecho han sugerido en sus primeros análisis de la propuesta de directiva que la comisión en realidad ha modificado el deber de lealtad, pese al tenor literal del artículo 25, pues obliga a tomar en consideración los objetivos ESG en relación con la actuación de los administradores. Por ello se ha alegado que la propuesta presentada en realidad no afecta al deber de diligencia, sino que su ámbito natural es el del deber de lealtad pues afecta a los intereses que deben tomar en cuenta los administradores⁶⁸.

73. En efecto, la primera impresión que genera el precepto puede ser de sorpresa, pues parece que esta regulación resulta poco sistemática. Ello nos lleva a cuestionarnos si efectivamente la regulación propuesta por el legislador europeo adolece de la falta de sistemática en la que incurrió el legislador español. En este sentido procede analizar si no hubiera sido mejor regular esta cuestión en el ámbito de deber de lealtad, pues la reforma hace referencia a la prioridad de los intereses de la sociedad, obligando a su compatibilidad con la protección de los criterios de sostenibilidad. Según esta interpretación la directiva incorporaría una postura claramente institucionalista, según la cual los administradores deberían velar por la protección de estos intereses junto con los propios de la sociedad (*rectius* de los socios).

de 1 de diciembre de 2022, rechazarlas y poner fin al procedimiento legislativo, o proponer alternativas con las que negociar una solución con el Consejo.

⁶⁷ Antes de iniciar el estudio de las implicaciones que el artículo 25 de la directiva de reforma tendrá en nuestro derecho de sociedades, conviene referirse a la expresión “interés de la empresa” que utiliza el legislador europeo. Al igual que hizo el legislador español de 2021, la propuesta de directiva vincula a la actuación de los administradores al interés de la empresa y, tal y como se argumentó entonces, ahora también debemos asumir que el concepto de empresa está utilizado de forma coloquial. En efecto el artículo 3 de la propuesta de directiva dispone que por empresa debe entenderse una persona jurídica...”. En consecuencia, cuando el texto jurídico se refiere al interés de la empresa debemos entender el interés de la persona jurídica, o de forma más concreta el interés de la sociedad. Por lo tanto, el interés de la empresa debe entenderse como una expresión sinónima de interés social. Al igual que ocurre con la reforma española de 2021, el tenor de del artículo 25 vuelve a hacer referencia a la toma en consideración de determinados intereses al regular el deber de diligencia. No obstante, en el caso que nos ocupa el legislador europeo va más allá de lo que hizo el legislador nacional, pues impone la obligación de incorporar los criterios ESG en la toma de decisiones de los administradores.

⁶⁸ Vid., M. RÍOS ESTRELLA/ J.A. NAVARRO MANICH, “ESG: Propuesta de Directiva sobre Diligencia Debida de las Empresas en Materia de Sostenibilidad y Derechos Humanos”, de 2 de marzo de 2022, accesible en (<https://www.uria.com/documentos/circulares/1498/documento/12700/nota-ESG.pdf>)

74. No obstante lo anterior, parece que este tipo de interpretación desborda el propósito que se había marcado la Comisión. De este modo, esa interpretación generaría efectos inasumibles para el sistema de sociedades pues supondría la incorporación de estos intereses, como aquellos a cuya satisfacción deben su actuación los administradores. Ello supondría asumir una concepción del deber de lealtad que difícilmente tendría encaje dentro de un esquema fiduciario, que deriva del otorgamiento del contrato de sociedad. Conforme a la construcción clásica del deber de lealtad, los administradores de sociedades de capital deberán anteponer los intereses sociales a sus propios intereses o a los intereses de cualquier tercero, de modo que resulta fundamental la noción de conflicto de interés. Los administradores deberán evitar la aparición de una situación de conflicto de interés y, cuando resulte inevitable, primar el interés social sobre cualquier otro. En este sentido debemos tener en cuenta que la sociedad, con carácter general, nace del contrato otorgado por los socios quienes deciden desarrollar una determinada actividad con el ánimo de alcanzar un determinado fin. Para ello la sociedad debe contar con un órgano de administración que, a través del ejercicio de la actividad, deba perseguir la consecución del fin social entendido como la causa del contrato otorgado por los socios. La caracterización de los objetivos ESG como el interés, o el otro interés junto con el de los socios, que tienen que perseguir los administradores sociales supone la pérdida del carácter fiduciario del deber de lealtad, pues los administradores que han sido elegidos por los creadores de la sociedad ya no se deben a estos en el ejercicio del cargo, sino que además deben anteponer también los intereses ESG a cualquier otro. Esto supondría la imposición de una concepción de corte claramente institucionalista, en virtud de la cual, el interés social ya no está encarnado de forma principal por los intereses que los socios fundadores escogieron, sino que se deben a intereses impuestos por terceros.

75. Esta concepción no solo supondría la pérdida del carácter fiduciario del deber de lealtad sino que además pasaría a ser una guía de actuación para los administradores de peor calidad, pues determinada conducta podría justificarse por el cumplimiento del deber de lealtad hacia los socios y hacia otras personas indefinidas, por exigencia de los objetivos ESG. De este modo, el deber de lealtad no solo pierde utilidad para los socios, que gracias a él conseguían alinear los intereses de los administradores con los suyos, sino que además pierde utilidad en general pues ya no sería un prescriptor tan eficaz de la conducta del administrador. De este modo, los deberes de diligencia y lealtad perderían gran parte de su carácter fiduciario, pues ya no supondrían una guía para la gestión del negocio generado por los socios.

76. En última instancia la incorporación de los objetivos ESG al deber de lealtad podría suponer la quiebra del sistema de sociedades de capital tal y como lo conocemos en la actualidad. La incorporación de los criterios ESG al deber de lealtad no solo resulta de difícil compatibilización con la regulación de los artículos 1665 CC y 116 CCo, que conciben la sociedad como un contrato a través del cual los socios buscan la consecución del fin social determinado, a través de la anticuada alusión al ánimo de lucro. Pero no es solo que tengan un mal encaje con la regulación de nuestros códigos decimonónicos, sino que también tiene un mal encaje con el comúnmente aceptado concepto amplio de sociedad que hoy en día manejamos, pues restringe la capacidad de los socios para determinar cual es el fin social que debe primar.

77. Por todo ello (razones sistemáticas) y por la dicción de la propia propuesta (interpretación literal) que vincula la modificación al deber de diligencia, no parece que el legislador europeo haya optado por esta opción sino que, como se verá a continuación, ha escogido una opción mucho más modesta. De este modo, debemos descartar que el legislador haya modificado el concepto de interés social ni que los administradores, con la nueva propuesta, deban postergar el interés de los socios frente a otros intereses como pueden ser la justicia social o la sostenibilidad medioambiental. En consecuencia procede reanalizar el texto redactado por la comisión y como dicho texto se inserta de forma coordinada en la directiva objeto de estudio.

3. La modulación del contenido de diligencia según la propuesta

78. Pese a haber descartado que la reforma tenga por objeto la modificación de deber de lealtad, su inclusión en el deber de diligencia sigue generando cierto desconcierto por cuanto la redacción parece aludir a los intereses que deben perseguir los administradores, lo que evidentemente evoca más al deber de lealtad que al de diligencia. No obstante, una lectura más reposada nos permite alejarnos de la discusión sobre los intereses que deben perseguir los administradores en el ejercicio de su cargo, pues la propuesta de directiva no obliga a tomar en consideración unos intereses por encima de otros. Literalmente, la propuesta de directiva dispone que “al cumplir su deber de actuar en el mejor interés de la empresa, los administradores de las empresas a las que se refiere el artículo 2, apartado 1, tengan en cuenta las consecuencias de sus decisiones en materia de sostenibilidad, incluidas, cuando proceda, las consecuencias para los derechos humanos, el cambio climático y el medio ambiente a corto, medio y largo plazo.”

79. Para interpretar adecuadamente el artículo 25 de la propuesta de directiva es necesario acudir al contenido del deber de diligencia al que antes se ha hecho referencia. En este sentido, la norma vincula los criterios ESG con el contenido del deber de diligencia, al señalar que estos deben ser considerados “al cumplir su deber de actuar”. Como se ha visto previamente, el deber de diligencia tiene como contenido el deber de cumplimiento normativo, mantenerse informado, vigilar e investigar. Con la regulación dictada por la directiva se otorga la posibilidad de compatibilizar ese contenido con los objetivos de desarrollo sostenible. En este sentido, el legislador europeo añade un nuevo módulo al contenido habitual del deber de diligencia, lo cual es importante tanto en relación con el cumplimiento de la legalidad, como en relación con las facetas informativas y formativas del deber.

80. Con carácter general podemos señalar que el administrador estará obligado a informarse sobre la marcha del negocio, teniendo en cuenta sus aspectos productivos, financieros, contables, laborales, etc., cumpliendo toda la normativa que le sea aplicable y sin que nadie pueda poner en duda que la asignación de capital a cada una de estas materias no resulte en beneficio de la sociedad. Con la nueva regulación, los administradores no solo deberán formarse y tomar en cuenta las cuestiones directamente vinculadas con el negocio que indudablemente se realizan en el mejor interés de la sociedad, sino también aquellas relacionadas con los criterios ESG.

81. De este modo, el administrador debe mantenerse informado sobre todas las cuestiones medioambientales y las relativas a los derechos humanos que afecten a su empresa. La nueva normativa obliga a formarse en estas dos cuestiones, y a mantenerse informado. La razón por la que el legislador incorpora estas cuestiones a la regulación del deber de diligencia es porque el beneficio para la sociedad no resulta evidente respecto de la diligencia prestada en relación con estas cuestiones, al contrario de lo que ocurre en relación con la contabilidad, por ejemplo. De ahí que el legislador comunitario señale que todo ello, se hará en interés de la sociedad, aunque pueda no parecerlo a primera vista.

82. Así, el legislador, *ministerio legis*, pone a salvo de la infracción del deber de lealtad la adscripción de medios al cuidado y la formación en el ámbito medioambiental y de derechos humanos. Pese a que no suponga un beneficio inmediato y evidente para la sociedad, la ley dispone que sí se entenderá como una actividad realizada en beneficio de la sociedad. En este sentido, y teniendo en cuenta lo dicho sobre la *business judgment rule*, es posible señalar que los recursos asignados a la tutela de los criterios ESG, no caerán dentro del concepto de *corporate waste* y por lo tanto esas decisiones no podrán ser revisadas por la autoridad jurisdiccional.

83. La propuesta trata de salvar la contradicción con la configuración del modelo societario mediante la utilización de un modelo de argumento paternalista. Al obligar a tomar en consideración este nuevo módulo objetivo en el cumplimiento del deber diligencia, recuerda que no sustituye el interés de la sociedad, sino que dicho cumplimiento, dicha toma en consideración, promociona el interés social. De nuevo esta cuestión podría vincularse con la creación de valor para el accionista a largo plazo.

84. Por todo ello podemos recapitular que el deber de lealtad permanece invariable y que es el deber de diligencia el que se amplía, pues el administrador, dedicando recursos al análisis y estudio del impacto que la actividad social tiene en la tutela de los objetivos ESG, estará cumpliendo con el deber de cumplimiento normativo, con el deber de mantenerse informado, de vigilar e investigar. De este modo, la asignación de recursos que entra dentro del contenido típico del deber de diligencia, y que *ministerio legis*, se realiza en beneficio de la sociedad, no supondrá en ningún caso la quiebra del deber de lealtad. En efecto, el hecho de que el administrador atienda a estas cuestiones se incluye dentro del contenido habitual del deber de diligencia, pues con ello, establece el legislador, también se está beneficiando a la sociedad.

85. En consecuencia, la nueva regulación no supone la alteración del deber de lealtad ni en sentido estricto supone una modificación del concepto de interés social, pues el legislador se limita a señalar que atendiendo a cuestiones medioambientales también se está obrando en el interés social, tanto si el mismo está compuesto de forma exclusiva por los accionistas, como si dicho interés también se integra por los intereses de otros grupos de interés (*stakeholders*).

¿Y a la tercera va la vencida?... El nuevo marco transatlántico de privacidad de datos UE-EE.UU.

And the third time is a win?... The new EU-US transatlantic data privacy framework

ALFONSO ORTEGA GIMÉNEZ

*Profesor Titular de Derecho internacional privado
Universidad Miguel Hernández de Elche*

ORCID: 0000-0002-8313-2070

Recibido:08.11.2023 / Aceptado:30.11.202

DOI: 10.20318/cdt.2024.8432

Resumen: El nuevo Marco de Privacidad de Datos UE-EE.UU. introduce nuevas garantías vinculantes al objeto de dar respuesta a cada uno de los motivos de inquietud puestos de manifiesto por el TJUE, en su día, en las Sentencias «Schrems I» y «Schrems II». Entre estas garantías se encuentran la limitación del acceso por parte de los servicios de inteligencia estadounidenses a los datos de la UE y el establecimiento de un Tribunal de Recurso en Materia de Protección de Datos, al que los ciudadanos de la UE tendrán acceso. Esperemos que con la aprobación de este nuevo Marco de Privacidad de Datos se pueda no sólo «cerrar», definitivamente, la falta de garantías señalada por el TJUE y que provocó la invalidez de los dos marcos de privacidad anteriores (Safe Harbor y Privacy Shield) sino, sobre todo, establecer un nuevo marco seguro y duradero, mediante el que se puedan realizar las transferencias de datos personales necesarias UE-EE.UU. Este trabajo se centra en el estudio de los diferentes esfuerzos llevados a cabo a nivel jurídico para establecer un marco regulatorio satisfactorio para las transferencias internacionales de datos de carácter personal UE-EE.UU., haciendo especial hincapié en el nuevo Marco transatlántico de Privacidad de Datos, recientemente aprobado.

Palabras clave: Transferencias internacionales, protección de datos, privacidad, marco transatlántico.

Abstract: The new EU-US Data Privacy Framework introduces new binding safeguards to address each of the concerns raised by the CJEU in the ‘Schrems I’ and ‘Schrems II’ judgments. Among these guarantees are the limitation of access by US intelligence services to EU data and the establishment of a Data Protection Court of Appeal, to which EU citizens will have access. Hopefully, with the approval of this new Data Privacy Framework, it will be possible not only to “close”, definitively, the lack of guarantees pointed out by the CJEU and which led to the invalidity of the two previous privacy frameworks (Safe Harbor and Privacy Shield) but, above all, to establish a new secure and durable framework, through which the necessary EU-US transfers of personal data can be carried out, with special emphasis on the recently adopted new Transatlantic Data Privacy Framework.

Keywords: International transfers, data protection, privacy, transatlantic framework.

Sumario: I. Antecedentes en la regulación de las transferencias internacionales de datos de carácter personal desde la UE a entidades ubicadas en los EE.UU.- II. Los principios de *Safe Harbor* o la apuesta por restaurar la confianza en las transferencias internacionales entre los EE.UU. y la UE. - III. Un nuevo esfuerzo (baldío) por restaurar la confianza en las transferencias internacio-

nales entre los EE.UU. y la UE.: “Scherems I”. - IV. La Sentencia “Schrems II”. 1. Sobre el ámbito de aplicación del RGPD. 2. Sobre el nivel de protección adecuado para la transferencia de datos a terceros países. 3. Sobre las obligaciones de control de las autoridades. 4. Sobre la validez de la Decisión 2010/87/UE. 5 Sobre la validez de la Decisión “Escudo de Privacidad”. - V. El nuevo marco transatlántico de privacidad de datos. 1. Contexto. 2. Rasgos característicos. 3. Especial atención a las reservas del Comité Europeo de Protección de Datos al nuevo Marco transatlántico de privacidad de datos. 4. Valoración crítica. 5. Perspectivas de futuro. - VI. Conclusiones.

I. Antecedentes en la regulación de las transferencias internacionales de datos de carácter personal desde la UE a entidades ubicadas en los EE.UU

1. La Directiva 95/46/CE supuso el inicio de una disputa entre la UE y los EE.UU., ya que, a los ojos de la Directiva, era posible que las exportaciones de datos de carácter personal a los EE.UU. fueran prohibidas ya que mientras el enfoque de EEUU en esta materia se basaba en una mezcla de legislación, reglamentación y autorregulación, la UE consideraba imprescindible la protección del derecho fundamental a la privacidad.

2. Tras largas negociaciones, el 29 de julio de 2000, la UE y los EE.UU. llegaron a un acuerdo, denominado *Safe Harbour Principles* (Principios de Puerto Seguro) por el que se establecía un sistema para la protección de la vida privada, una auténtica suerte de extensión de la regulación vigente en la UE en materia de protección de datos de carácter personal. Se trataba de un sistema eficaz, tanto desde el punto de vista teórico como desde el punto de vista práctico, ya que posibilita un flujo estable e ininterrumpido de información asegurando un nivel permanente de protección adecuada.

3. El sistema de Principios de Puerto Seguro, aunque fue criticado en algunas ocasiones, presentaba numerosas ventajas, teniendo en cuenta que: a) constituyó un marco normativo uniforme, permanente, estable y definitivo para la protección del derecho a la intimidad y para la transferencia internacional de datos de carácter personal entre la UE y los EE.UU.; b) permitió la aprobación automática por todos los Estados miembros de la UE de las transferencias internacionales de datos de carácter personal con destino a los EE.UU.; y, c) sustituyó a las legislaciones internas de cada uno de los Estados miembros de la UE.

4. La razón de ser de los Principios de Puerto Seguro fue el hecho de que EE.UU. se rige, en numerosos ámbitos, por el principio de autorregulación, en virtud del cual son las propias empresas las que adoptan sus propios códigos de conducta o se acogen a códigos de conducta sectoriales, respecto de los cuales el Estado carece de facultad fiscalizadora o de control alguno. Para suplir esta laguna se crean los principios de *Safe Harbour*, un sistema que trata de conjugar la autorregulación estadounidense con el régimen jurídico comunitario en esta materia.

5. La empresa que se quería adherir a este Sistema debía presentar una carta de autocertificación ante el Departamento de Comercio, por la que manifestaba su adhesión a los principios y *FAQ*, así como indicando, en particular, los datos de identificación de la entidad solicitante, una descripción de su actividad en lo relativo a la información personal recibida de la UE y una descripción de su política de protección de datos de carácter personal.

6. El sistema de Principios de Puerto Seguro se configuró, entonces, como un programa voluntario, basado en la autocertificación y en la autoevaluación, que se ofrece a las entidades de los EE.UU. con el fin de obtener, respecto de los datos personales recibidos desde la UE una presunción de adecuación a la protección exigida en el ámbito comunitario, que permite asegurar, de manera permanente, la legitimidad de las transferencias internacionales de datos de carácter personal.

7. Los Principios de Puerto Seguro, que se configuraron como mínimos para cualquier política privada de protección de datos de carácter personal, fueron los siguientes:

- 1º) **Principio de “Notificación” (*Notice*):** establece la obligación que tienen las entidades de informar a los particulares de los fines y utilización de sus datos de carácter personal.
- 2º) **Principio de “Opción” (*Choice*):** dispone la obligación de las entidades de ofrecer a los particulares la posibilidad de decidir si sus datos de carácter personal pueden ser o no cedidos a un tercero.
- 3º) **Principio de “Transferencia Ulterior” (*Onward Transfer*):** señala que para revelar información a terceros que no participen en el sistema de Puerto Seguro, las entidades deberán aplicar los Principios de notificación y de opción.
- 4º) **Principio de “Seguridad” (*Security*):** establece que las entidades que se encargan de la recogida de datos de carácter personal deberán tomar todas las precauciones que estimen oportunas con el fin de evitar su pérdida, modificación o destrucción.
- 5º) **Principio de “Integridad de los datos” (*Data Integrity*):** señala que los datos de carácter personal deben ser pertinentes con respecto a los fines con los que se utiliza.
- 6º) **Principio de “Acceso” (*Access*):** recoge el derecho de los particulares al conocimiento de sus datos de carácter personal que las entidades tengan sobre ellos y poder corregirla, modificarla o suprimirla en caso de que sea inexacta.
- 7º) **Principio de “Aplicación” (*Enforcement*):** dispone la necesidad de incluir una vía de recurso para los interesados que se vean afectados por el incumplimiento de la normativa sobre transferencia internacional de datos de carácter personal entre los EE.UU. y la UE.

8. Aunque existían toda una serie de excepciones a estos Principios del sistema de Puerto Seguro, cuando era necesario para cumplir las exigencias de seguridad nacional, interés público y cumplimiento de la ley, cuando una disposición legal o resolución jurisdiccional así lo estableciera y/o cuando la Directiva 95/46/CE o cualquier norma de los Estados miembros de la UE lo permitiera; en cumplimiento de la Directiva 95/46/CE, las entidades estadounidenses podían adoptar cualquiera de las siguientes posturas: a) adherirse al sistema de Principios de Puerto Seguro; b) acudir a fórmulas que exonerasen del requisito de la protección adecuada, que recoge el artículo 26 de la Directiva 95/46/CE; o, c) no recibir datos de carácter personal de la UE.

9. Ante el incumplimiento por parte de las entidades estadounidenses del sistema de Puerto Seguro, cabían dos posibilidades: a) la suspensión de las transferencias de datos de carácter personal hacia una entidad que haya autocertificado su adhesión a los Principios y su aplicación de conformidad con las *FAQ*, con el fin de proteger a los particulares de un “tratamiento fraudulento” de sus datos de carácter personal, o la adopción de cualquier otra medida dentro de sus competencias con el fin de evitar ese “tratamiento fraudulento” de los datos de carácter personal de los particulares; o, b) si se demostrara que un organismo encargado del cumplimiento de los Principios de Puerto Seguro en los EE.UU. no está ejerciendo su función, la Comisión Europea le notificaría al *US Department of Commerce* que tenía intención de adoptar toda una serie de medidas con el objeto de anular, suspender o restringir la transferencia internacional de datos de carácter personal entre los EE.UU. y la UE.

10. El denominado *Safe Harbour* (Puerto Seguro) por el que se establecía el sistema de Principios de Puerto Seguro para la protección de la vida privada, basado en la voluntaria y libre autocertificación y autoevaluación de las entidades de los EE.UU., tenía como finalidad obtener, respecto de los datos personales recibidos desde la UE una presunción de adecuación a la protección exigida en el ámbito comunitario, que permitiera asegurar, de manera permanente, la legitimidad de las transferencias.

11. En cuanto al ámbito del Acuerdo UE-EE.UU., es preciso especificar varios extremos: a) si se excluían algunos sectores del ámbito del mecanismo de puerto seguro en virtud de disposiciones especiales (por ejemplo, el sector público) o por la inexistencia de un organismo público de supervisión

con responsabilidad para ocuparse de la cuestión; b) si la entidad podría, cuando notificara su adhesión al puerto seguro, excluir algunos sectores de su propia actividad (por ejemplo, los servicios en línea) y cómo se haría pública y se pondría tal exclusión en conocimiento de las autoridades nacionales de control; c) respecto de las transferencias de datos de trabajadores, reforzar el nivel general de protección que brindan los principios o excluir dichos datos del ámbito de aplicación de los acuerdos para proporcionarles mayor protección, en vista asimismo de la inexistencia de un organismo público independiente capaz de ocuparse de este tipo de datos; d) no introducir excepciones a la aplicación de los principios recurriendo a la regulación y sin tomar en la debida cuenta los intereses de la protección de la intimidad.

II. Los principios de *Safe Harbour* o la apuesta por restaurar la confianza en las transferencias internacionales entre los EE.UU. y la UE.: “Schrems I”.

12. Así las cosas, a finales de septiembre de 2013, *Safe Harbour* contaba con 3246 empresas adheridas; un aumento muy significativo si lo comparamos con las 400 empresas que había en el año 2004. No obstante, la radiografía era inquietante: había una falta de confianza en las transferencias internacionales de datos entre los EE.UU. y la UE. Razones de seguridad nacional no debían poner en tela de juicio el cumplimiento de los Principios de Puerto Seguro. El funcionamiento de los Principios de Puerto Seguro debió seguir basándose en los compromisos y la autocertificación de las empresas que se han adherido. Los Principios de Puerto Seguro debían seguir actuando como un conducto para la transferencia de los datos personales de los ciudadanos de la UE a los EE.UU. y de las empresas estadounidenses a la UE, en vez de transferirlos a las agencias de inteligencia de EE.UU., en virtud de los programas de vigilancia de los EE.UU.

13. Pero, no fue así: el TJUE declaró inválida la Decisión 2000/520/CE que consideraba que los principios de Puerto Seguro garantizaban un nivel adecuado de protección de los datos transferidos desde la UE a empresas norteamericanas.¹ La sentencia de 6/10/2015 resuelve sobre una cuestión prejudicial planteada por la Corte Suprema irlandesa a raíz de un recurso (caso “Schrems I”- *Maximillian Schrems vs. Comisionado de Protección de Datos*) interpuesto por un nacional austríaco que entendía que la autoridad de control irlandesa debía prohibir a Facebook Ireland transferir los datos personales de sus usuarios a su matriz estadounidense, Facebook, Inc., debido a que el derecho y las prácticas en vigor de los EE.UU. no garantizaban protección suficiente de los datos personales conservados en su territorio contra la vigilancia practicada en él por las autoridades públicas, haciendo referencia a las revelaciones efectuadas por Snowden sobre las prácticas de la Agencia Nacional de Seguridad.

14. No obstante, el 2 de febrero de 2016, la Comisión Europea y el Gobierno de los EE.UU. alcanzaron un acuerdo político sobre un nuevo marco para los intercambios transatlánticos de datos personales con fines comerciales: el Escudo de la privacidad UE-EE.UU (IP/16/216). La Comisión presentó los textos del proyecto de decisión el 29 de febrero de 2016. Tras el dictamen del Grupo de Trabajo del Artículo 29 (autoridades de protección de datos) de 13 de abril y la Resolución del Parlamento Europeo de 26 de mayo, la Comisión culminó el procedimiento de adopción el 12 de julio de 2016.

15. El Escudo de la privacidad UE-EE.UU reflejaba los requisitos establecidos por el TJUE, en su sentencia de 6 de octubre de 2015, en la que declaraba inválido el antiguo marco de «puerto seguro». El Escudo de la privacidad se basaba en los siguientes principios: a) Obligaciones rigurosas para las empresas que trabajan con datos: al amparo del nuevo sistema, el Departamento de Comercio de los EE.UU. llevará a cabo actualizaciones y revisiones periódicas de las empresas participantes, con el fin de garantizar que sigan las normas que ellas mismas han suscrito. Si las empresas no cumplen en la práctica, se enfren-

¹ Vid. F. M. ROSELLÓ RUBERT, “La transferencia de datos personales entre PYMEs españolas y proveedores norteamericanos de *Cloud Computing* tras la reciente anulación del Acuerdo Safe Harbor por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, en *Diario La Ley*, Nº 8725, Sección Doctrina, 18 de Marzo de 2016; Ref. D-115, Editorial LA LEY.

tan a sanciones y a ser retiradas de la lista. El endurecimiento de las condiciones para las transferencias ulteriores de datos a terceros garantizará el mismo nivel de protección en caso de transferencia desde una empresa adherida al Escudo de la privacidad; b) Obligaciones en materia de transparencia y salvaguardias claras para el acceso de la administración estadounidense: los EE.UU. han dado a la UE garantías de que el acceso de las autoridades públicas a efectos de aplicación de la ley y de seguridad nacional está sujeto a limitaciones, salvaguardias y mecanismos de supervisión claros. También por primera vez, cualquier persona en la UE tendrá a su disposición vías de recurso en la materia. Los EE.UU. han descartado una vigilancia masiva indiscriminada de los datos personales transferidos hacia ese país en el marco del acuerdo del Escudo de la privacidad UE-EE UU. La Oficina del Director de Inteligencia Nacional explica además que la recopilación en bloque de datos solo podrá utilizarse en condiciones específicas predeterminadas y tiene que ser lo más concreta y precisa posible. Detalla las salvaguardias existentes para la utilización de los datos en esas circunstancias excepcionales. El secretario de Estado estadounidense ha establecido un mecanismo de recurso en el ámbito de la inteligencia nacional para los europeos a través de la figura del Defensor del Pueblo dentro del Departamento de Estado; c) Protección eficaz de los derechos individuales: cualquier ciudadano que considere que sus datos se han utilizado de forma indebida en el nuevo sistema del Escudo de la privacidad se beneficiarán de varios mecanismos de resolución de litigios accesibles y asequibles. Lo ideal es que las reclamaciones las resuelva la propia empresa; o se ofrecerán gratuitamente mecanismos de resolución alternativa de litigios. Los particulares también podrán dirigirse a sus autoridades nacionales de protección de datos, que colaborarán con la Comisión Federal de Comercio para garantizar que las reclamaciones de los ciudadanos de la UE se investiguen y resuelvan. Si un asunto no se resuelve por un medio u otro, estará previsto, en última instancia, un mecanismo de arbitraje. El mecanismo de recurso en el ámbito de la seguridad nacional para los ciudadanos de la UE será gestionado por un Defensor del pueblo independiente de los servicios de inteligencia de los EE.UU.; y d) Mecanismo de revisión conjunta anual: el mecanismo hará un seguimiento del funcionamiento del Escudo de la privacidad, incluidos los compromisos y garantías en lo que se refiere al acceso a los datos a efectos de aplicación de la ley o de seguridad nacional. La Comisión Europea y el Departamento de Comercio de los EE.UU. llevarán a cabo el examen y asociarán al mismo a expertos nacionales de inteligencia de los EE.UU. y a las autoridades europeas de protección de datos. La Comisión se basará en todas las demás fuentes de información disponibles y presentará un informe público al Parlamento Europeo y al Consejo.

16. En cuanto a los pronunciamientos contenidos en la STJUE “Schrems I” resulta pertinente la realización de un breve análisis de los antecedentes fácticos y jurídicos que nos llevan a la Sentencia objeto de estudio, constituyendo el punto de partida la reclamación que el Sr. Schrems presentó, en fecha 25 de junio de 2013, ante el Comisario, en la que le solicitaba, en esencia, que prohibiera a Facebook Ireland transferir sus datos personales a los EE.UU., alegando el reclamante que el Derecho y las prácticas en vigor en dicho país no garantizaban una protección suficiente de los datos personales conservados en su territorio frente a las actividades de vigilancia llevadas a cabo, en dicho país, por las autoridades públicas. Esta reclamación fue desestimada basándose en que, en particular, la Comisión había declarado, en su Decisión 2000/520/CE de “Puerto Seguro”², que los EE.UU. ofrecían un nivel adecuado de protección.

17. La High Court (Tribunal Superior, Irlanda), ante la que el Sr. Schrems había interpuesto un recurso contra la desestimación de su reclamación, planteó al TJUE una petición de decisión prejudicial relativa a la interpretación y a la validez de la Decisión 2000/520/CE, que dio lugar a la Sentencia de 6 de octubre de 2015, que se denominará como “Schrems I”, en la que el TJUE declaró inválida la referida Decisión³. Como consecuencia de dicha Sentencia, el órgano jurisdiccional remitente anuló la desestimación de la reclamación del Sr. Schrems, devolviendo la misma al Comisario.

² Decisión de la Comisión, de 26 de julio, con arreglo a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la adecuación de la protección conferida por los principios de puerto seguro para la protección de la vida privada y las correspondientes preguntas más frecuentes publicadas por el Departamento de Comercio de los EE.UU. de América (DO 2000, L 215, p. 7).

³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 2015, Schrems, C-362/14.

18. Cabe señalar que, en el marco de la investigación abierta por este último, Facebook Ireland alegó que una gran parte de los datos personales se transfería a Facebook Inc. basándose en cláusulas tipo de protección de datos recogidas en el anexo de la Decisión 2010/87/UE⁴, por lo que, teniendo en cuenta todos estos elementos, el Comisario instó al Sr. Schrems a modificar su reclamación.

19. Atendiendo el requerimiento del Comisario, el Sr. Schrems presentó, el 1 de diciembre de 2015, su reclamación modificada en base a la nuevas circunstancias acaecidas (Sentencia “Schrems I” y alegaciones de Facebook Inc. ante la Comisión, acerca de su actuación conforme a la Decisión 2010/87/UE), alegando, principalmente, que el Derecho estadounidense obliga a Facebook Inc. a poner los datos personales que se le transfieren a disposición de las autoridades estadounidenses, como la National Security Agency (NSA) y la Federal Bureau of Investigation (FBI). La reclamación modificada afirmaba, además, que, al utilizarse esos datos en el marco de diferentes programas de vigilancia, de una manera incompatible con los artículos 7, 8 y 47 de la Carta⁵ (que reconocen, respectivamente, el derecho a la vida privada y familiar, el derecho a la protección de datos de carácter personal y el derecho a la tutela judicial efectiva, y a un juez imparcial para la obtención de la tutela de los derechos y libertades reconocidos en el marco de la Unión Europea), la Decisión 2010/87/UE no puede justificar la transferencia de esos datos a los EE.UU. en base a las cláusulas tipo de protección de datos que se recogen en la misma. Teniendo en cuenta estos argumentos, el Sr. Schrems solicitó al Comisario que prohibiese o suspendiese la transferencia de sus datos personales a Facebook Inc.

20. Con posterioridad a la presentación de la reclamación modificada por el Sr. Schrems, el 24 de mayo de 2016, el Comisario publicó un “proyecto de decisión” en el que se resumían las conclusiones provisionales de su investigación. En dicho proyecto, consideró con carácter provisional que los datos personales de ciudadanos de la Unión Europea transferidos a EE.UU. corrían el riesgo de ser consultados y tratados por las autoridades estadounidenses de una manera incompatible con los artículos 7 y 8 de la Carta y que el Derecho estadounidense no ofrece a esos ciudadanos vías de recurso compatibles con el artículo 47 de la Carta. El Comisario estimó que las cláusulas tipo de protección de datos recogidas en el anexo de la Decisión CPT no subsanan esa deficiencia, en la medida en que sólo confieren a los interesados derechos contractuales contra el exportador o el importador de los datos, sin vincular a las autoridades estadounidenses.

21. De esta forma, al considerar que, en esas circunstancias, la reclamación modificada del Sr. Schrems planteaba la cuestión de la validez de la Decisión 2010/87/UE relativa a cláusulas contractuales tipo, el 31 de mayo de 2016, el Comisario inició un procedimiento ante la High Court (Tribunal Superior), apoyándose en la jurisprudencia resultante de la sentencia “Schrems I”, de 6 de octubre de 2015, apartado 65, a efectos de que esta última pregunte al TJUE acerca de esta cuestión. Mediante resolución de 4 de mayo de 2018, la High Court (Tribunal Superior) planteó la petición de decisión prejudicial ante el TJUE que, finalmente, se resuelve por la Sentencia “Schrems II”.

⁴ 2010/87/UE: Decisión de la Comisión, de 5 de febrero de 2010, relativa a las cláusulas contractuales tipo para la transferencia de datos personales a los encargados del tratamiento establecidos en terceros países, de conformidad con la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

⁵ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Artículo 7: “Respeto de la vida privada y familiar. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones.” Artículo 8: “Protección de datos de carácter personal. 1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan. 2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación. 3. El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente.” Artículo 47: “Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial. Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar. Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia.”

22. Es conveniente resaltar que, durante todo este *iter* procedimental se producen dos hechos que constituyen antecedentes a tener en cuenta. La primera de las circunstancias ocurridas durante toda la tramitación someramente reproducida es que, con posterioridad a la declaración de invalidez de la Decisión “Puerto seguro”, por la Sentencia “Schrems I”, la Comisión adoptó la Decisión “Escudo de Privacidad”⁶ que tenía como vocación ocupar el vacío dejado por la declaración de invalidez contenida en la referida Sentencia, constituyendo su validez, como se verá, uno de los puntos fundamentales de la Sentencia que es objeto de análisis en el presente estudio. La segunda de estas circunstancias con cierta relevancia para el análisis de la cuestión objeto del presente trabajo, es la entrada en vigor del RGPD, que sustituyó a la Directiva 95/46/CE, manteniendo, no obstante, en lo sustancial, la regulación contenida en ésta sobre la transferencia de datos personales a terceros países extracomunitarios.

23. Con respecto a esta última circunstancia, considera el Tribunal que aunque las cuestiones prejudiciales planteadas se refieren a las disposiciones de la Directiva 95/46/CE, deberán responderse en base al RGPD, ya que el Comisario aún no había adoptado una decisión final sobre esa reclamación cuando la Directiva fue derogada y sustituida por el RGPD, con efecto a partir del 25 de mayo de 2018, por lo que es esta norma, y no la Directiva derogada, la que toma en consideración el Tribunal para la resolución de las cuestiones prejudiciales planteadas.

III. Un nuevo esfuerzo (baldío) por restaurar la confianza en las transferencias internacionales entre los EE.UU. y la UE.: “Schrems II”

24. La STJUE, de 16 de julio de 2020, dictada en el Asunto C-311/18, (en adelante, Sentencia “Schrems II”) constituye un hito esencial en una sucesión de hechos relacionados con una de las cuestiones que mayor debate ha generado en los últimos años en materia de protección de datos, como es la transferencia de datos personales protegidos por el Derecho de la Unión a terceros países extracomunitarios, especialmente, a los EE.UU. de América.

25. Se trata de una cuestión cuya suma importancia resulta comprensible en un mundo en el que la globalización alcanza su máximo exponente en el campo de los datos personales protegidos, principalmente, debido a la existencia de redes sociales u otras plataformas digitales que operan a nivel mundial tratando datos personales protegidos de sus usuarios que, en muchos casos, se refieren a la esfera más íntima de su privacidad.

26. Esta situación es de enorme importancia por cuanto que, de no establecerse los adecuados criterios de control del respeto a la normativa comunitaria en materia de protección de datos de carácter personal, en este tipo de transferencias a terceros países extracomunitarios, nos encontraríamos con que la protección de datos de carácter personal quedarían limitados a un ámbito territorial relativamente reducido, con lo que los ciudadanos de la Unión Europea estarían desprotegidos en multitud de ocasiones en los que sus datos personales serán tratados en países ajenos al territorio comunitario.

27. Es por ello por lo que, la normativa comunitaria de protección de datos de carácter personal, representada en la actualidad por el RGPD establece unos criterios reguladores de dichas transferencias a países extracomunitarios, con la evidente finalidad de mantener, aún en estos casos, el debido nivel de protección de los datos de carácter personal de los ciudadanos de la Unión.

⁶ Decisión de Ejecución (UE) 2016/1250 de la Comisión, de 12 de julio de 2016, con arreglo a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la adecuación de la protección conferida por el Escudo de Privacidad UE-EEUU (DO 2016, L 207, p.1).

28. De esta forma, a grandes rasgos, el RGPD establece un mecanismo de protección que se configura en tres niveles, debiendo considerarse, en primer lugar, lo establecido en su artículo 45⁷, que regula la emisión de Decisiones de Adecuación por parte de la Comisión; en segundo lugar, lo dispuesto por su artículo 46, que establece un sistema de garantías sostenido, principalmente, por las normas corporativas vinculantes y las cláusulas tipo de protección de datos. Por último, lo dispuesto en su artículo 49 que, en defecto de los mecanismos dispuestos en los anteriores preceptos, establece una serie de supuestos relacionados taxativamente, en los que pueden realizarse transferencias de datos a terceros países comunitarios, que descansan, en general, en el expreso consentimiento del interesado, previa advertencia de los riesgos de la transferencia de sus datos, así como en razones de interés general que, en cualquier caso, deberán respetar las garantías del derecho Comunitario.

29. Teniendo en cuenta lo anterior, la Sentencia “Schrems II” es de enorme importancia por cuanto que, a pesar de referirse a las transferencias de datos personales protegidos a los EE.UU., establece con nitidez los parámetros que deberán ser tenidos en cuenta para las transferencias de datos a terceros países extracomunitarios, definiendo con claridad conceptos esenciales como es el nivel de protección adecuado de los datos personales que ha de ser tomado en consideración, o las obligaciones y

⁷ Artículo 45 del RGPD: “Transferencias basadas en una decisión de adecuación. 1. 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. Dicha transferencia no requerirá ninguna autorización específica. 2. Al evaluar la adecuación del nivel de protección, la Comisión tendrá en cuenta, en particular, los siguientes elementos: a) el Estado de Derecho, el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales, la legislación pertinente, tanto general como sectorial, incluida la relativa a la seguridad pública, la defensa, la seguridad nacional y la legislación penal, y el acceso de las autoridades públicas a los datos personales, así como la aplicación de dicha legislación, las normas de protección de datos, las normas profesionales y las medidas de seguridad, incluidas las normas sobre transferencias ulteriores de datos personales a otro tercer país u organización internacional observadas en ese país u organización internacional, la jurisprudencia, así como el reconocimiento a los interesados cuyos datos personales estén siendo transferidos de derechos efectivos y exigibles y de recursos administrativos y acciones judiciales que sean efectivos; b) la existencia y el funcionamiento efectivo de una o varias autoridades de control independientes en el tercer país o a las cuales esté sujeta una organización internacional, con la responsabilidad de garantizar y hacer cumplir las normas en materia de protección de datos, incluidos poderes de ejecución adecuados, de asistir y asesorar a los interesados en el ejercicio de sus derechos, y de cooperar con las autoridades de control de la Unión y de los Estados miembros, y c) los compromisos internacionales asumidos por el tercer país u organización internacional de que se trate, u otras obligaciones derivadas de acuerdos o instrumentos jurídicamente vinculantes, así como de su participación en sistemas multilaterales o regionales, en particular en relación con la protección de los datos personales. 3. La Comisión, tras haber evaluado la adecuación del nivel de protección, podrá decidir, mediante un acto de ejecución, que un tercer país, un territorio o uno o varios sectores específicos de un tercer país, o una organización internacional garantizan un nivel de protección adecuado a tenor de lo dispuesto en el apartado 2 del presente artículo. El acto de ejecución establecerá 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. El acto de ejecución especificará su ámbito de aplicación territorial y sectorial, y, en su caso, determinará la autoridad o autoridades de control a que se refiere el apartado 2, letra b), del presente artículo. El acto de ejecución se adoptará con arreglo al procedimiento de examen a que se refiere el artículo 93, apartado 2. 4. La Comisión supervisará de manera continuada los acontecimientos en países terceros y organizaciones internacionales que puedan afectar a la efectiva aplicación de las decisiones adoptadas con arreglo al apartado 3 del presente artículo y de las decisiones adoptadas sobre la base del artículo 25, apartado 6, de la Directiva 95/46/CE. 5. Cuando la información disponible, en particular tras la revisión a que se refiere el apartado 3 del presente artículo, muestre que un tercer país, un territorio o un sector específico de ese tercer país, o una organización internacional ya no garantiza un nivel de protección adecuado a tenor del apartado 2 del presente artículo, la Comisión, mediante actos de ejecución, derogará, modificará o suspenderá, en la medida necesaria y sin efecto retroactivo, la decisión a que se refiere el apartado 3 del presente artículo. Dichos actos de ejecución se adoptarán de acuerdo con el procedimiento de examen a que se refiere el artículo 93, apartado 2. Por razones imperiosas de urgencia debidamente justificadas, la Comisión adoptará actos de ejecución inmediatamente aplicables de conformidad con el procedimiento a que se refiere el artículo 93, apartado 3. 6 La Comisión entablará consultas con el tercer país u organización internacional con vistas a poner remedio a la situación que dé lugar a la decisión adoptada de conformidad con el apartado 5. 7. Toda decisión de conformidad con el apartado 5 del presente artículo se entenderá sin perjuicio de las transferencias de datos personales al tercer país, a un territorio o uno o varios sectores específicos de ese tercer país, o a la organización internacional de que se trate en virtud de los artículos 46 a 49. 8. La Comisión publicará en el Diario Oficial de la Unión Europea y en su página web una lista de terceros países, territorios y sectores específicos en un tercer país, y organizaciones internacionales respecto de los cuales haya decidido que se garantiza, o ya no, un nivel de protección adecuado. 9. Las decisiones adoptadas por la Comisión en virtud del artículo 25, apartado 6, de la Directiva 95/46/CE permanecerán en vigor hasta que sean modificadas, sustituidas o derogadas por una decisión de la Comisión adoptada de conformidad con los apartados 3 o 5 del presente artículo”.

facultades, tanto de las autoridades públicas de control, como de todos los sujetos implicados en la transferencia y tratamiento de datos personales protegidos con destino a terceros países extracomunitarios.

30. Por esta razón, a pesar de que el objeto y alcance de la Sentencia “Schrems II” puede parecer limitado al caso de los EE.UU., lo cierto es que la misma ha marcado un antes y un después en las transferencias extracomunitarias de datos de carácter personal al definir elementos esenciales para garantizar que los derechos de los ciudadanos de la Unión Europea, afectados por estas transferencias, no quedan desprotegidos.

31. Estamos ante una cuestión enormemente importante, que hará correr ríos de tinta, por lo que, es evidente que, no llegaremos a alcanzar, en el presente trabajo, todas las implicaciones y matices que tiene la Sentencia. Sin perjuicio de ello, no cabe duda del interés jurídico del presente estudio, en el que se partirá de un breve relato de los antecedentes que nos han conducido a este hito, concretando el objeto de la cuestión prejudicial planteada, para llegar al concreto análisis de la decisión que, el TJUE, ha alcanzado con respecto a cada una de estas cuestiones controvertidas.

32. Aunque el órgano judicial nacional formula un total de once cuestiones prejudiciales, el Tribunal agrupa sistemáticamente las mismas de manera que el objeto de decisión se reduce a cinco cuestiones que se relacionarán a continuación.

33. La primera cuestión prejudicial, tiene como objeto la determinación de la inclusión dentro del ámbito de aplicación del RGPD de las transferencias de datos personales realizada por un operador económico establecido en un Estado miembro, a otro operador económico establecido en un país tercero cuando, en el transcurso de esa transferencia o tras ella, esos datos puedan ser tratados por las autoridades de ese país tercero con fines de seguridad nacional, defensa y seguridad del Estado.

34. El segundo grupo sistemático de la reclamación prejudicial formulada, en el que el Tribunal incluye las cuestiones prejudiciales segunda, tercera y sexta, es de suma importancia, por cuanto que se traduce en la delimitación de los elementos que han de tomarse en consideración a efectos de determinar si ese nivel de protección está garantizado en el contexto de una transferencia de datos personales a un país tercero basada en cláusulas tipo de protección de datos.

35. En tercer lugar, el TJUE se pronuncia sobre la cuestión prejudicial octava, que se refiere a la determinación de las facultades de las autoridades de control competentes y, concretamente, a si éstas están obligadas a suspender o prohibir una transferencia de datos personales a un país tercero, que esté basada en cláusulas tipo de protección de datos adoptadas por la Comisión, cuando por parte de la correspondiente autoridad de control se considera que dichas cláusulas no se respetan o no pueden respetarse en ese país tercero.

36. El cuarto grupo sistemático objeto de resolución por la STJUE “Schrems II” comprende las cuestiones prejudiciales séptima y undécima, concretándose en el análisis de la validez de la Decisión 2010/87/UE relativa a las cláusulas contractuales tipo, bajo el prisma de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE.

37. En quinto y último lugar, se valoran por el Tribunal, de forma conjunta, las cuestiones prejudiciales cuarta, quinta, novena y décima que, en suma, se refieren a una cuestión de vital importancia como es la validez de la Decisión “Escudo de Privacidad”, así como el grado de garantía de la tutela judicial efectiva que, para los ciudadanos de la UE, ofrece la figura del Defensor del Pueblo mencionado en el Anexo III de la referida Decisión.

IV. La Sentencia “Schrems II”

1. Sobre el ámbito de aplicación del RGPD

38. Como se ha expuesto, el objeto de la primera cuestión prejudicial se concreta en la inclusión, dentro del ámbito de aplicación del RGPD de una transferencia de datos personales realizada por un operador económico establecido en un Estado miembro a otro operador económico establecido en un país tercero cuando, en el transcurso de esa transferencia o tras ella, esos datos puedan ser tratados por las autoridades de ese país tercero con fines de seguridad nacional, defensa y seguridad del Estado.

39. El Tribunal resuelve esta cuestión considerando que este tipo de transferencias se encuentran dentro del ámbito de aplicación del RGPD, tras un acertado análisis del ámbito de aplicación del mismo, conforme a lo dispuesto en su artículo 2, apartado 1, que establece que el RGPD se aplica al tratamiento total, o parcialmente automatizado, de datos personales, así como al tratamiento no automatizado de datos personales contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero. Toma en consideración, también, el Tribunal la definición que el artículo 4, punto 2 del RGPD, realiza del concepto de “tratamiento” como “cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no”, así como los ejemplos que, de dicho concepto, se citan en el referido precepto, como es la “comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso”, debiendo tenerse en cuenta, además, a juicio del Tribunal, que el referido RGPD aplica, a las transferencias de datos personales a países terceros, normas particulares recogidas en su capítulo V, titulado “Transferencias de datos personales a terceros países u organizaciones internacionales”, y confiere a las autoridades de control poderes específicos a ese efecto, que se recogen en el artículo 58⁸, apartado 2, letra j), del RGPD.

40. No existiendo dudas con respecto a que el RGPD se aplica a las transferencias de datos personales a países terceros extracomunitarios, pasa el Tribunal a analizar si, el supuesto de hecho de la cuestión prejudicial planteada resulta incardinable a alguna de las excepciones que establece el Reglamento en cuanto a su ámbito de aplicación establecidas en el artículo 2⁹, apartado 2 del RGPD que, como recuerda el TJUE, deben interpretarse en sentido estricto¹⁰.

41. Así las cosas, el Tribunal concluye que, en el caso de autos, al haber sido realizada la transferencia de datos personales que es objeto del litigio principal, por Facebook Ireland hacia Facebook Inc., es decir, entre dos personas jurídicas, dicha transferencia no está comprendida dentro del ámbito del artículo 2, apartado 2, letra c) del RGPD, que tiene por objeto el tratamiento de datos efectuado por una persona física en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas. A la referida transferencia tampoco pueden aplicársele las excepciones recogidas en el artículo 2¹¹, apartado 2, letras a), b) y d), del antedicho Reglamento, ya que las actividades que allí se enumeran a título de ejemplo

⁸ Artículo 58, apartado 2, letra j) del RGPD: “Poderes. Ordenar la suspensión de los flujos de datos hacia un destinatario situado en un tercer país o hacia una organización internacional.”

⁹ Artículo 2, apartado 2 del RGPD: “Ámbito de aplicación material 2. El presente Reglamento no se aplica al tratamiento de datos personales: a) en el ejercicio de una actividad no comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión; b) por parte de los Estados miembros cuando lleven a cabo actividades comprendidas en el ámbito de aplicación del capítulo 2 del título V del TUE; c) efectuado por una persona física en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas; d) por parte de las autoridades competentes con fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales, o de ejecución de sanciones penales, incluida la de protección frente a amenazas a la seguridad pública y su prevención.”

¹⁰ *Id.* en lo que se refiere al artículo 3, apartado 2, de la Directiva 95/46/CE, la sentencia de 10 de julio de 2018, *Jehovan todistajat*, C25/17, EU:C:2018:551, apartado 37 y jurisprudencia citada).

¹¹ Artículo 2, apartado 2, letras a), b) y d) del RGPD: “Ámbito de aplicación material: a) en el ejercicio de una actividad no comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión; b) por parte de los Estados miembros cuando lleven a cabo actividades comprendidas en el ámbito de aplicación del capítulo 2 del título V del TUE; d) por parte de las autoridades competentes con fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales, o de ejecución de sanciones penales, incluida la de protección frente a amenazas a la seguridad pública y su prevención.”

son, en todos los casos, actividades propias del Estado o de las autoridades estatales y ajenas a la esfera de actividades de los particulares.

42. Por todo ello concluye el Tribunal, con respecto a la primera de las cuestiones prejudiciales planteadas, que la posibilidad de que los datos personales transferidos entre dos operadores económicos con fines comerciales sean objeto, en el transcurso de la transferencia o tras ella, de un tratamiento con fines de seguridad pública, defensa o seguridad del Estado por parte de las autoridades del país tercero de que se trate, no puede excluir a la referida transferencia del ámbito de aplicación del RGPD.

2. Sobre el nivel de protección adecuado para la transferencia de datos a terceros países

43. Como se ha avanzado, el segundo grupo de cuestiones analizadas por el TJUE, se centra en la delimitación de los elementos que han de tomarse en consideración a efectos de determinar si ese nivel de protección está garantizado en el contexto de una transferencia de datos personales a un país tercero basada en cláusulas tipo de protección de datos.

44. En relación con esta cuestión, analiza el TJUE, en primer lugar, lo dispuesto por el artículo 46¹², apartados 1 y 2, letra c) del RGPD, tras una lectura conjunta de esas disposiciones, concluyendo que, cuando no existe una decisión de adecuación adoptada en virtud del artículo 45¹³, apartado 3, del referido Reglamento, el responsable o el encargado del tratamiento solo podrá transmitir datos personales a un tercer país si hubiera ofrecido “garantías adecuadas”, siempre que se cumpla la condición de que los interesados cuenten “con derechos exigibles y acciones legales efectivas”, pudiendo proporcionarse esas garantías adecuadas, en particular, mediante cláusulas tipo de protección de datos adoptadas por la Comisión.

45. Afirma el Tribunal que el artículo 45¹⁴, apartado 1, primera frase del RGPD establece que podrá autorizarse una transferencia de datos personales a un tercer país mediante una decisión adoptada por la Comisión, conforme a la cual se atestigua que ese tercer país, un territorio o uno o varios sectores específicos de ese tercer país garantizan un nivel de protección adecuado. A este respecto, sin exigir que el país tercero de que se trate garantice un nivel de protección idéntico al garantizado en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea, debe entenderse que la expresión “nivel de protección adecuado”, tal como queda confirmado en el considerando 104 del referido Reglamento, exige que ese tercer país garantice efectivamente, por su legislación interna o sus compromisos internacionales, un nivel de protección de las libertades y de los derechos fundamentales sustancialmente equivalente al garantizado en

¹² Artículo 46, apartados 1 y 2, letra c) del RGPD: “Transferencias mediante garantías adecuadas 1. A falta de decisión con arreglo al artículo 45, apartado 3, el responsable o el encargado del tratamiento solo podrá transmitir datos personales a un tercer país u organización internacional si hubiera ofrecido garantías adecuadas y a condición de que los interesados cuenten con derechos exigibles y acciones legales efectivas. 2. Las garantías adecuadas con arreglo al apartado 1 podrán ser aportadas, sin que se requiera ninguna autorización expresa de una autoridad de control, por: c) cláusulas tipo de protección de datos adoptadas por la Comisión de conformidad con el procedimiento de examen a que se refiere el artículo 93, apartado 2.”

¹³ Artículo 45, apartado 3 del RGPD: “Transferencias basadas en una decisión de adecuación. 3. La Comisión, tras haber evaluado la adecuación del nivel de protección, podrá decidir, mediante un acto de ejecución, que un tercer país, un territorio o uno o varios sectores específicos de un tercer país, o una organización internacional garantizan un nivel de protección adecuado a tenor de lo dispuesto en el apartado 2 del presente artículo. El acto de ejecución establecerá 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. El acto de ejecución especificará su ámbito de aplicación territorial y sectorial, y, en su caso, determinará la autoridad o autoridades de control a que se refiere el apartado 2, letra b), del presente artículo. El acto de ejecución se adoptará con arreglo al procedimiento de examen a que se refiere el artículo 93, apartado 2.”

¹⁴ Artículo 45, apartado 1 del RGPD: “Transferencias basadas en una decisión de adecuación 1. 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. Dicha transferencia no requerirá ninguna autorización específica.”

la Unión Europea en virtud del antedicho Reglamento, interpretado a la luz de la Carta. En efecto, a falta de esa exigencia, el objetivo mencionado en el anterior apartado se frustraría¹⁵.

46. En este sentido, concluye el Tribunal que las garantías adecuadas deben asegurar que las personas cuyos datos personales se transfieren a un país tercero sobre la base de cláusulas tipo de protección de datos gocen, como en el marco de una transferencia basada en una decisión de adecuación, de un nivel de protección sustancialmente equivalente al garantizado dentro de la Unión.

47. En relación con el marco sobre el que ha de interpretarse el alcance del nivel de protección sustancialmente equivalente al garantizado dentro de la Unión Europea, analiza el Tribunal si el análisis del nivel de protección debía determinarse a la luz del Derecho de la Unión, en particular, de los derechos garantizados por la Carta y/o a la luz de los derechos fundamentales reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, o también a la luz del Derecho nacional de los Estados miembros. Con respecto a esta cuestión, concluye el Tribunal que el nivel de protección de los derechos fundamentales exigido en el artículo 46, apartado 1, del antedicho Reglamento debe determinarse sobre la base de las disposiciones del mismo Reglamento, interpretadas a la luz de los derechos fundamentales garantizados por la Carta.

48. Por último, determina el Tribunal los elementos que han de tomarse en consideración para determinar la adecuación del nivel de protección en el contexto de una transferencia de datos personales a un país tercero sobre la base de las cláusulas tipo de protección de datos adoptadas en virtud del artículo 46, apartado 2, letra c) del RGPD, respondiendo el Tribunal que han de tenerse en cuenta, por una parte, las estipulaciones contractuales objeto de acuerdo entre el responsable o el encargado del tratamiento establecidos en la Unión Europea y el destinatario de la transferencia establecido en el país tercero de que se trate y, por otra parte, en lo que respecta al hipotético acceso de las autoridades públicas del país tercero, a los datos personales transferidos, se han de tener en cuenta los elementos mencionados, de modo no exhaustivo, en el artículo 45, apartado 2 del RGPD, que precisa que los interesados deben gozar de garantías adecuadas y contar con derechos exigibles y acciones legales efectivas.

49. Por tanto, teniendo en cuenta todo lo anterior, el Tribunal interpreta el nivel de protección adecuado para la transferencia de datos a terceros países en el sentido de que las garantías adecuadas, los derechos exigibles y las acciones legales efectivas requeridas por dichas disposiciones deben garantizar que los derechos de las personas cuyos datos personales se transfieren a un país tercero sobre la base de cláusulas tipo de protección de datos gozan de un nivel de protección sustancialmente equivalente al garantizado dentro de la Unión Europea por el referido Reglamento, interpretado a la luz de la Carta. A tal efecto, la evaluación del nivel de protección garantizado en el contexto de una transferencia de esas características debe, en particular, tomar en consideración tanto las estipulaciones contractuales acordadas entre el responsable o el encargado del tratamiento establecidos en la Unión Europea y el destinatario de la transferencia establecido en el país tercero de que se trate como, por lo que atañe a un eventual acceso de las autoridades públicas de ese país tercero a los datos personales de ese modo transferidos, los elementos pertinentes del sistema jurídico de dicho país y, en particular, los mencionados en el artículo 45¹⁶, apartado 2 del RGPD.

¹⁵ *Vid.*, en lo que respecta al artículo 25, apartado 6, de la Directiva 95/46, la sentencia de 6 de octubre de 2015, Schrems, C362/14, EU:C:2015:650, apartado 73.

¹⁶ Artículo 45, apartado 2 del RGPD: “Transferencias basadas en una decisión de adecuación. 2. Al evaluar la adecuación del nivel de protección, la Comisión tendrá en cuenta, en particular, los siguientes elementos: a) el Estado de Derecho, el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales, la legislación pertinente, tanto general como sectorial, incluida la relativa a la seguridad pública, la defensa, la seguridad nacional y la legislación penal, y el acceso de las autoridades públicas a los datos personales, así como la aplicación de dicha legislación, las normas de protección de datos, las normas profesionales y las medidas de seguridad, incluidas las normas sobre transferencias posteriores de datos personales a otro tercer país u organización internacional observadas en ese país u organización internacional, la jurisprudencia, así como el reconocimiento a los interesados cuyos datos personales estén siendo transferidos de derechos efectivos y exigibles y de recursos administrativos y acciones judiciales que sean efectivos; b) la existencia y el funcionamiento efectivo de una o varias autoridades de control

3. Sobre las obligaciones de control de las autoridades

50. Como se ha visto, el TJUE analiza, de forma independiente, la cuestión prejudicial octava, que se refiere a la determinación de las facultades de las autoridades de control competentes y, concretamente, a si éstas están obligadas a suspender o prohibir una transferencia de datos personales a un país tercero, basada en cláusulas tipo de protección de datos adoptadas por la Comisión, cuando por parte de la correspondiente autoridad de control se considera que dichas cláusulas no se respetan, o no pueden respetarse en ese país tercero, así como que la protección de los datos transferidos exigida por el Derecho de la Unión Europea, en particular, por los artículos 45 y 46 del RGPD y por la Carta, no puede garantizarse, o si, por el contrario, el ejercicio de esas facultades de suspensión o prohibición de las transferencias están limitadas a supuestos excepcionales¹⁷.

51. Esta cuestión prejudicial es resuelta por el mencionado Tribunal en el sentido de considerar dos escenarios diferentes dependiendo de la existencia o no de una decisión de adecuación dictada por la Comisión. En el caso de que exista una decisión de adecuación, y mientras que la misma no haya sido objeto de invalidación por el TJUE, los Estados miembros y sus órganos, entre ellos las autoridades de control independientes, no pueden adoptar medidas contrarias a esa decisión, como serían actos por los que se apreciará con efecto obligatorio que el tercer país al que se refiere dicha decisión no garantiza un nivel de protección adecuado ni, por consiguiente, suspender o prohibir transferencias de datos personales a ese tercer país.

52. No obstante, aclara el Tribunal que incluso habiendo adoptado la Comisión una decisión de adecuación, la autoridad nacional de control competente, a la que una persona haya presentado una reclamación para proteger sus derechos y libertades frente al tratamiento de datos personales que la conciernen, debe poder apreciar con toda independencia si la transferencia de esos datos cumple las exigencias establecidas por el RGPD y, en su caso, interponer un recurso ante los tribunales nacionales, para que estos, si concuerdan en las dudas de esa autoridad sobre la validez de la decisión de adecuación, planteen al TJUE una cuestión prejudicial sobre esta validez¹⁸.

53. Por el contrario, en el caso de que no exista una decisión de adecuación emitida por la Comisión, el Tribunal resuelve que la autoridad de control competente está obligada a suspender o prohibir una transferencia de datos a un país tercero basada en cláusulas tipo de protección de datos adoptadas por la Comisión, cuando esa autoridad de control considera, a la luz de todas las circunstancias específicas de la referida transferencia, que dichas cláusulas no se respetan o no pueden respetarse en ese país tercero y que la protección de los datos transferidos exigida por el Derecho de la Unión Europea, en particular, por los artículos 45 y 46¹⁹ del RGPD y por la Carta, no puede garantizarse mediante otros

independientes en el tercer país o a las cuales esté sujeta una organización internacional, con la responsabilidad de garantizar y hacer cumplir las normas en materia de protección de datos, incluidos poderes de ejecución adecuados, de asistir y asesorar a los interesados en el ejercicio de sus derechos, y de cooperar con las autoridades de control de la Unión y de los Estados miembros, y c) los compromisos internacionales asumidos por el tercer país u organización internacional de que se trate, u otras obligaciones derivadas de acuerdos o instrumentos jurídicamente vinculantes, así como de su participación en sistemas multilaterales o regionales, en particular en relación con la protección de los datos personales.”

¹⁷ *Vid.*, en relación con la traslación de la responsabilidad hacia el responsable del tratamiento, J.F. RODRÍGUEZ AYUSO, “Anulación del Privacy Shield en las transferencias internacionales de datos: ¿presenciamos un desplazamiento fáctico de la responsabilidad?”, en *Revista Boliviana de Derecho*, Nº 31, enero 2021, pp. 426-503.

¹⁸ *Vid.*, en lo que respecta al artículo 25, apartado 6, y al artículo 28 de la Directiva 95/46/CE, la sentencia de 6 de octubre de 2015, Schrems, C362/14, EU:C:2015:650, apartado 57 y 65.

¹⁹ Artículo 46 del RGPD: “Transferencias mediante garantías adecuadas. 1. A falta de decisión con arreglo al artículo 45, apartado 3, el responsable o el encargado del tratamiento solo podrá transmitir datos personales a un tercer país u organización internacional si hubiera ofrecido garantías adecuadas y a condición de que los interesados cuenten con derechos exigibles y acciones legales efectivas. 2. Las garantías adecuadas con arreglo al apartado 1 podrán ser aportadas, sin que se requiera ninguna autorización expresa de una autoridad de control, por: a) un instrumento jurídicamente vinculante y exigible entre las autoridades u organismos públicos; b) normas corporativas vinculantes de conformidad con el artículo 47; c) cláusulas tipo de protección de datos adoptadas por la Comisión de conformidad con el procedimiento de examen a que se refiere el artículo 93,

medios, en especial si el responsable o el encargado del tratamiento establecidos en la Unión Europea no han suspendido la transferencia o puesto fin a esta por sí mismos.

4. Sobre la validez de la Decisión 2010/87/UE

54. Como se ha señalado, el cuarto grupo sistemático objeto de resolución por la Sentencia “Schrems II” comprende las cuestiones prejudiciales séptima y undécima que, en esencia, tratan sobre el análisis de la validez de la Decisión 2010/87/UE relativa a las cláusulas contractuales tipo bajo el prisma de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

55. El TJUE hace depender la validez de la Decisión 2010/87/UE a si, de conformidad con la exigencia resultante de los artículos 46, apartado 1 y 2, letra c), del RGPD, interpretados a la luz de los artículos 7, 8 y 47 de la Carta²⁰, tal decisión incluye mecanismos efectivos que permitan, en la práctica, garantizar que el nivel de protección exigido por el Derecho de la Unión Europea sea respetado, así como que las transferencias de datos personales basadas en esas cláusulas sean suspendidas o prohibidas en caso de violación de dichas cláusulas, o de que resulte imposible su cumplimiento.

56. El referido Tribunal analiza los concretos mecanismos efectivos de protección de datos que se recogen en el anexo de la Decisión 2010/87/UE concluyendo que, de las cláusulas 4, letras a) y b), 5, letra a), 9 y 11, apartado 1, de dicho anexo se desprende que el responsable del tratamiento establecido en la Unión Europea, el destinatario de la transferencia de datos personales y el eventual encargado de este último, se comprometen mutuamente a que el tratamiento de esos datos, incluida su transferencia, ha sido efectuado y seguirá efectuándose de conformidad con la legislación de protección de datos aplicable, que, conforme al artículo 3, letra f) de la antedicha Decisión se corresponde con la legislación que protege los derechos y libertades fundamentales de las personas y, en particular, su derecho a la vida privada respecto del tratamiento de los datos personales, aplicable al responsable del tratamiento en el Estado miembro en que está establecido el exportador de datos.

apartado 2; d) cláusulas tipo de protección de datos adoptadas por una autoridad de control y aprobadas por la Comisión con arreglo al procedimiento de examen a que se refiere en el artículo 93, apartado 2; e) un código de conducta aprobado con arreglo al artículo 40, junto con compromisos vinculantes y exigibles del responsable o el encargado del tratamiento en el tercer país de aplicar garantías adecuadas, incluidas la relativas a los derechos de los interesados, o f) un mecanismo de certificación aprobado con arreglo al artículo 42, junto con compromisos vinculantes y exigibles del responsable o el encargado del tratamiento en el tercer país de aplicar garantías adecuadas, incluidas la relativas a los derechos de los interesados. 3. Siempre que exista autorización de la autoridad de control competente, las garantías adecuadas contempladas en el apartado 1 podrán igualmente ser aportadas, en particular, mediante: a) cláusulas contractuales entre el responsable o el encargado y el responsable, encargado o destinatario de los datos personales en el tercer país u organización internacional, o b) disposiciones que se incorporen en acuerdos administrativos entre las autoridades u organismos públicos que incluyan derechos efectivos y exigibles para los interesados. 4. La autoridad de control aplicará el mecanismo de coherencia a que se refiere el artículo 63 en los casos indicados en el apartado 3 del presente artículo. 5. Las autorizaciones otorgadas por un Estado miembro o una autoridad de control de conformidad con el artículo 26, apartado 2, de la Directiva 95/46/CE seguirán siendo válidas hasta que hayan sido modificadas, sustituidas o derogadas, en caso necesario, por dicha autoridad de control. Las decisiones adoptadas por la Comisión en virtud del artículo 26, apartado 4, de la Directiva 95/46/CE permanecerán en vigor hasta que sean modificadas, sustituidas o derogadas, en caso necesario, por una decisión de la Comisión adoptada de conformidad con el apartado 2 del presente artículo.”

²⁰ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Artículo 7: “Respeto de la vida privada y familiar. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones.” Artículo 8: “Protección de datos de carácter personal. 1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan. 2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación. 3. El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente.” Artículo 47: “Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial. Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar. Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia.”

57. Asimismo, se analizan por el TJUE las obligaciones del destinatario de la transferencia de datos personales establecido en un país tercero, que se concretan en una información inmediata, al responsable del tratamiento establecido en la Unión Europea, de su eventual incapacidad para cumplir con las obligaciones que le incumben con arreglo al contrato celebrado, teniendo la posibilidad, en este caso, el responsable del tratamiento establecido de suspender la transferencia de los datos o rescindir el contrato interpretando el TJUE que esta facultad es obligatoria para el responsable del tratamiento cuando el destinatario de la transferencia establecido en un país extracomunitario no cumple, o ya no puede cumplir, las cláusulas tipo de protección de datos, por lo que, más que una facultad, se convierte en una obligación del responsable de tratamiento establecido en la Unión Europea.

58. Por tanto, concluye el TJUE que la interpretación de los mecanismos incluidos en la Decisión 2010/87/UE, obligan al responsable del tratamiento establecido en la Unión Europea y al destinatario de la transferencia de datos personales a asegurarse de que la legislación del país tercero de destino permita al antedicho destinatario cumplir con las cláusulas tipo de protección de datos recogidas en la propia Decisión 2010/87/UE, antes de llevar a cabo una transferencia de datos personales a ese país tercero.

59. En lo que se refiere al alcance de dicha comprobación a efectuar por los sujetos intervinientes en la transferencia de datos, o lo que es lo mismo, cuando debe considerarse por éstos que la legislación del país extracomunitario es incompatible con las cláusulas, señala el TJUE que, las obligaciones impuestas por esa legislación que no vayan más allá de las restricciones necesarias en una sociedad democrática para la salvaguardia, en particular, de la seguridad del Estado, la defensa y la seguridad pública no están en contradicción con las cláusulas tipo de protección de datos, por lo que, *sensu contrario*, el hecho de acatar una obligación dictada por el Derecho del país tercero de destino que vaya más allá de lo necesario para la consecución de tales fines debe considerarse una violación de las antedichas cláusulas.

60. Conforme a lo establecido en el anexo de la Decisión 2010/87/UE, el responsable del tratamiento establecido en la Unión Europea está obligado, cuando el destinatario de la transferencia de datos personales le notifica, que la legislación que le es de aplicación ha sido objeto de una modificación que puede tener un importante efecto negativo sobre las garantías ofrecidas y las obligaciones impuestas por las cláusulas tipo de protección de datos, a enviar esa notificación a la autoridad de control competente en caso de que, a pesar de dicha notificación por parte del destinatario establecido en el país extracomunitario, el responsable de tratamiento establecido en la Unión Europea, decida proseguir la transferencia, o levantar una suspensión previamente acordada. El envío de la referida notificación a la autoridad de control competente, y la facultad de ésta de auditar al destinatario de la transferencia de datos personales, permiten a la mencionada autoridad de control comprobar si es preciso proceder a la suspensión o la prohibición de la transferencia prevista para garantizar un nivel de protección adecuado.

61. Por lo tanto, advierte el Tribunal que, incluso teniendo en cuenta las obligaciones de notificación e información del destinatario extracomunitario, y la obligación de suspensión o finalización de la transferencia de datos por parte del responsable del tratamiento las partes, en el caso de que éste decida no suspender o no finalizar la transferencia, tiene una obligación de notificación a la autoridad de control competente que podrá suspender o prohibir, en su caso, una transferencia de datos personales a un país tercero basada en las cláusulas tipo de protección de datos recogidas en el anexo de dicha Decisión 2010/87/UE, debiendo la autoridad de control ejercer las facultades que le corresponden conforme a lo resuelto en la propia Sentencia “Schrems II”.

62. Por todo lo expuesto, concluye el TJUE que la Decisión 2010/87/UE prevé mecanismos efectivos que permiten, en la práctica, garantizar que la transferencia a un país tercero de datos personales sobre la base de las cláusulas tipo de protección de datos recogidas en el anexo de la antedicha Decisión se prohíba o suspenda cuando el destinatario de la transferencia no cumpla las referidas cláusulas o no le resulte posible cumplirlas, incluyendo la posibilidad de control por las autoridades en el caso de

que por el responsable del tratamiento no se suspenda o prohíba la transferencia, por lo que entiende que no se presenta ningún elemento que pueda afectar a la validez de dicha Decisión.

5. Sobre la validez de la Decisión “Escudo de Privacidad”

63. Por último, el TJUE entra a valorar la validez de la Decisión “Escudo de Privacidad”, atendiendo a si el Derecho de los EE.UU. garantiza efectivamente el nivel de protección adecuado exigido en el artículo 45 del RGPD, interpretado a la luz de los derechos fundamentales garantizados en los artículos 7, 8 y 47 de la Carta teniendo en cuenta que, el órgano jurisdiccional que plantea la cuestión prejudicial considera que el Derecho de los EE.UU. no prevé las limitaciones y garantías necesarias con respecto a las injerencias autorizadas por su normativa nacional, así como que tampoco garantiza una tutela judicial efectiva a los interesados, contra tales injerencias, sin que el mecanismo del Defensor del Pueblo previsto ofrezca la debida protección a la tutela judicial efectiva.

64. Partiendo de este planteamiento se analiza por parte del TJUE la validez de la Decisión “Escudo de Privacidad” teniendo en cuenta, por una parte, la incidencia que las injerencias de las autoridades de EE.UU., conforme al Derecho de aquel país, tiene en el nivel de protección adecuado y, por otra, la validez de la figura de Defensor del Pueblo regulado por la Decisión “Escudo de Privacidad” para garantizar la tutela judicial efectiva de los ciudadanos comunitarios en defensa de sus datos personales protegidos.

65. Con respecto a la primera de las cuestiones, considera el Tribunal que las injerencias resultantes de los programas de vigilancia basados en la FISA²¹ y en la E.O. 12333²² no están sujetas a exigencias que garanticen, un nivel de protección sustancial, considerando el TJUE que las limitaciones que establecen las referidas normas de los EE.UU. no respetan el principio de proporcionalidad, que establece básicamente que las excepciones a la protección de los datos personales y las limitaciones de esa protección no deben exceder de lo estrictamente necesario.

66. En este sentido, añade el TJUE que la comunicación de datos de carácter personal a un tercero, como una autoridad pública, constituye una injerencia en los derechos fundamentales consagrados en los artículos 7 y 8 de la Carta (derecho al respeto a la vida privada y familiar, así como derecho a la protección de datos personales), cualquiera que sea la utilización posterior de la información comunicada, considerando una injerencia similar la conservación de los datos de carácter personal y del acceso a esos datos con vistas a su utilización por parte de las autoridades públicas, con independencia de que la información relativa a la vida privada de que se trate tenga o no carácter sensible o de que los interesados hayan sufrido o no inconvenientes en razón de tal injerencia²³.

67. Aunque el TJUE pone de manifiesto que los anteriores derechos no gozan de carácter absoluto, incide en que cualquier limitación de los mismos, derivada del tratamiento de datos de carácter personal, debe realizarse para fines concretos, sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto en la Ley, que deberá definir con absoluta claridad el alcance de la limitación prevista en los derechos y libertades, estableciendo reglas claras y precisas que regulen el alcance y la aplicación de la medida en cuestión e impongan unas exigencias mínimas, de modo que las personas cuyos datos se hayan transferido dispongan de garantías suficientes que permitan proteger de manera eficaz sus datos de carácter personal contra los riesgos de abuso. En particular,

²¹ Foreign Intelligence Surveillance Act of 1978 (Ley de Vigilancia de la Inteligencia Extranjera) (*Pub.L.* 95–511, 92 Stat. 1783, 50 U.S.C. cap. 36).

²² Executive Order 12333.

²³ Se remite el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en este punto a las sentencias de 20 de mayo de 2003, *Österreichischer Rundfunk* y otros, C465/00, C138/01 y C139/01, EU:C:2003:294, apartados 74 y 75; de 8 de abril de 2014, *Digital Rights Ireland* y otros, C293/12 y C594/12, EU:C:2014:238, apartados 33 a 36, y el dictamen 1/15 (Acuerdo PNR UE-Canadá), de 26 de julio de 2017, EU:C:2017:592, apartados 124 y 126.

dicha normativa deberá indicar en qué circunstancias y con arreglo a qué requisitos puede adoptarse una medida que contemple el tratamiento de tales datos, garantizando así que la injerencia se limite a lo estrictamente necesario ya que, de lo contrario, no se respetaría el citado principio de proporcionalidad.

68. En el caso objeto de la Sentencia “Schrems II”, el TJUE advierte que las injerencias resultantes de los programas de vigilancia basados en la FISA y en la E.O. 12333 exceden de los límites impuestos por la normativa europea de protección de datos de carácter personal, principalmente debido a que los programas de vigilancia autorizados por la normativa de los EE.UU. no se fundamentan en una vigilancia individual sino en programas de vigilancia masivos e indiscriminados y, en definitiva, ilimitados, basados en sistemas de recopilación “en bloque” de los datos personales protegidos que, evidentemente, exceden notablemente de las exigencias de concreción y determinación del alcance de la limitación de los derechos y libertades que derivan del principio de proporcionalidad, por lo que, concluye el Tribunal, que no puede considerarse que los programas de vigilancia basados en esas disposiciones se limiten a lo estrictamente necesario.

69. Con respecto a la segunda de las cuestiones, es decir, sobre la debida garantía del derecho a la tutela judicial efectiva de los interesados, y sobre si la figura del Defensor del Pueblo a la que se refiere la Decisión “Escudo de Privacidad” garantiza este derecho, el TJUE recuerda que el primer párrafo del referido artículo 47 de la Carta requiere que toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión Europea hayan sido violados tenga derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el mencionado artículo. A tenor del párrafo segundo del antedicho artículo, toda persona tiene derecho a que su causa sea oída por un juez independiente e imparcial, lo que hace necesaria, en todo caso, la existencia de recursos administrativos y acciones judiciales que sean efectivos y accesibles para las personas cuyos datos personales son objeto de tratamiento.

70. En el caso de autos, la constatación contenida en la Decisión “Escudo de Privacidad”, según la cual los EE.UU. garantizan un nivel de protección sustancialmente equivalente al previsto en el artículo 47 de la Carta, fue puesta en entredicho basándose, en particular, en que la creación del Defensor del Pueblo en el ámbito del “Escudo de Privacidad” no puede subsanar las lagunas en lo que respecta a la tutela judicial de las personas cuyos datos personales son transferidos a ese país tercero, considerando el TJUE que esta exigencia no se cumple en este caso, por cuanto la normativa de los EE.UU., en especial en los casos de programas de vigilancia basados en la E.O. 12333, no ofrecen ninguna vía de recurso, por lo que no garantizan la debida tutela judicial efectiva para los ciudadanos cuyos datos son objeto de tratamiento.

71. Entiende el TJUE que la existencia del mecanismo del Defensor del Pueblo no subsana las limitaciones al derecho a la tutela judicial efectiva, poniendo en entredicho la independencia del Defensor del Pueblo con respecto al poder ejecutivo de los EE.UU. y su facultad para emitir decisiones vinculantes para las autoridades estadounidenses sin que, además, constata que no existe ninguna garantía legal que pueda ser invocada por los ciudadanos ante dicho Defensor del Pueblo, por lo que no se cumple con la exigencia de una vía de recurso efectivo garante del derecho a la tutela judicial efectiva en materia de protección de datos.

72. Por lo tanto, concluye el TJUE que la Comisión, al declarar, en el artículo 1, apartado 1, de la Decisión “Escudo de Privacidad”, que los EE.UU. garantizan un nivel adecuado de protección de los datos personales transferidos desde la Unión Europea a entidades establecidas en ese país tercero en el marco del Escudo de la Privacidad UEEE. UU., no tuvo en cuenta las exigencias resultantes del artículo 45, apartado 1, del RGPD, interpretado a la luz de los artículos 7, 8 y 47 de la Carta por lo que declara la invalidez de dicha Decisión.

73. Por último, se pronuncia el TJUE sobre si es preciso mantener los efectos de la antedicha Decisión “Escudo de Privacidad” para evitar la creación de un vacío legal, concluyendo que en este caso

no se produce tal vacío legal por cuanto que teniendo en cuenta el artículo 49 del RGPD, que establece, de manera precisa, las condiciones en las que pueden tener lugar transferencias de datos personales a países terceros en ausencia de una decisión de adecuación en virtud del artículo 45, apartado 3, del referido Reglamento o de garantías adecuadas con arreglo al artículo 46 del mismo Reglamento.

V. El nuevo marco transatlántico de privacidad de datos

1. Contexto

74. El nuevo Marco de Privacidad de Datos UE-EE.UU. introduce nuevas garantías vinculantes al objeto de dar respuesta a cada uno de los motivos de inquietud puestos de manifiesto, en su día, por el TJUE. Entre estas garantías se encuentran la limitación del acceso por parte de los servicios de inteligencia estadounidenses a los datos de la UE (a lo necesario y proporcionado), y el establecimiento de un Tribunal de Recurso en Materia de Protección de Datos, al que los ciudadanos de la UE tendrán acceso. El nuevo marco introduce mejoras importantes respecto al mecanismo que existía en virtud del *Safe Harbour* o del Escudo de la privacidad. Por ejemplo, si el Tribunal de Recurso en Materia de Protección de Datos concluye que se han recogido datos en contravención de las nuevas garantías, podrá requerir la supresión de los mismos.

75. Las empresas estadounidenses podrán adherirse al Marco de Privacidad de Datos UE-EE.UU. si se comprometen a cumplir una serie de obligaciones detalladas de privacidad; por ejemplo, el requisito de borrar los datos personales cuando ya no sean necesarios para el fin que hubiera motivado su recogida, y a garantizar la continuidad de la protección en caso de compartir los datos de carácter personal con terceros. Y, en caso de tratamiento indebido de sus datos por parte de las empresas estadounidenses, los ciudadanos de la UE se beneficiarán de varias vías de reparación, entre ellos mecanismos de resolución independiente y gratuita de controversias, y un tribunal arbitral. Además, el marco jurídico estadounidense establece una serie de **garantías relativas al acceso por parte de las administraciones públicas estadounidenses** a los datos transferidos al amparo del marco se limita a lo estrictamente necesario: en particular, a efectos penales y de seguridad nacional y sólo en aras a proteger la seguridad nacional.

76. En cuestiones relacionadas con la recogida y el uso de sus datos por parte de los servicios de inteligencia estadounidenses, los ciudadanos de la UE tendrán acceso a unos **órganos independientes e imparciales de impugnación**, entre ellos, como hemos señalado, el nuevo Tribunal de Recurso en Materia de Protección de Datos, que investigará y resolverá las reclamaciones de forma independiente y podrá imponer medidas reparatorias de fuerza vinculante.

77. Un elemento esencial del marco jurídico estadounidense que consagra estas garantías es el Decreto Presidencial de los EE.UU. titulado “Refuerzo de las garantías en las actividades de inteligencia de señales de los EE.UU.”, que da respuesta a las reservas manifestadas por el TJUE en su sentencia “Schrems II”²⁴.

78. A pesar de que no existe legislación federal en materia de privacidad y protección de datos en los EE.UU., son notables los esfuerzos realizados por los EE.UU. en el Decreto nº 14086, introduce definiciones de conceptos fundamentales de la protección de datos, como los principios de necesidad y proporcionalidad, y supone un importante paso adelante con respecto a mecanismos de transferencia anteriores, para fijar límites a las actividades de inteligencia de señales de los EE.UU. haciendo que los

²⁴ *Vid.* A. ORTEGA GIMÉNEZ, “A la tercera va la vencida”: el nuevo Marco Transatlántico de Privacidad de Datos EE.UU.-EU (Privay Shield 2.0)”, en *LA LEY Privacidad*, Número 14, Editorial Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), octubre-diciembre 2022, pp. 1-7.

principios de proporcionalidad y necesidad sean aplicables al marco jurídico estadounidense en materia de inteligencia de señales e incorporando una lista de objetivos legítimos para dichas actividades.

79. Si bien el citado Decreto prevé importantes mejoras destinadas a garantizar que estos principios sean sustancialmente equivalentes a los contemplados en el Derecho de la UE, estos principios son desde hace tiempo elementos clave del régimen de protección de datos de la UE y sus definiciones sustantivas recogidas en el Decreto nº 14086 no están en consonancia con su definición en el Derecho de la UE y su interpretación por parte del TJUE.

80. En la medida en que el Decreto nº 14086 permite en algunos casos la recopilación masiva de datos (incluido el contenido de las comunicaciones) mediante inteligencia de señales; si bien el Decreto nº 14086 contiene varias garantías en caso de recogida masiva, no prevé una autorización previa independiente para la recogida masiva; y ya, en la sentencia “Schrems II”, el TJUE explicó que la vigilancia de los EE. UU. no cumplía el Derecho de la UE porque no exigía un “criterio objetivo” que permitiese justificar la injerencia del Gobierno en la privacidad.

81. Las garantías establecidas por los EE.UU. también facilitarán la circulación transatlántica de datos de forma más general, ya que también serán de aplicación a la transferencia de datos mediante otras herramientas como las cláusulas contractuales tipo²⁵ o las *Binding Corporate Rules*.

2. Rasgos característicos

82. Este nuevo Marco de Privacidad de Datos UE-EE.UU. responde a los siguientes 5 principios:

- 1º) **Transferencias legítimas y seguras:** con base en el nuevo marco de privacidad, los datos personales podrán transferirse de forma legítima y segura entre la UE y las compañías estadounidenses que se encuentren adheridas a dicho Marco.
- 2º) **Acceso a los datos estrictamente necesarios por parte de las Agencias de Inteligencia:** establecimiento de un nuevo conjunto de normas y garantías vinculantes con el fin de limitar el acceso a los datos por parte de las autoridades de inteligencia estadounidenses a lo necesario y respetando el principio de proporcionalidad para proteger la seguridad nacional. En este sentido, dichas agencias de inteligencia adoptarán procedimientos con el fin de garantizar una supervisión eficaz de los nuevos estándares de privacidad y libertades civiles.
- 3º) **Posibilidad de recurso para los titulares de los datos:** articulación de un nuevo procedimiento de recurso al alcance de los interesados en dos niveles, para investigar y resolver las reclamaciones de los titulares europeos sobre el acceso a sus datos por parte de las autoridades de inteligencia estadounidenses, que incluye el establecimiento de un Tribunal de revisión de protección de datos.
- 4º) **Necesidad de adhesión por las compañías estadounidenses:** fijación de obligaciones estrictas para las empresas estadounidenses que tratan datos personales transferidos desde la Unión Europea, incluyendo el requisito de “auto-certificar” su adhesión a los principios de este nuevo acuerdo.
- 5º) **Mecanismos de control y revisión:** se establecerán mecanismos específicos de control y revisión del marco de privacidad. La Comisión Europea, junto con representantes de las autoridades de protección de datos europeas y de las autoridades competentes estadounidenses, se ha comprometido a realizar una revisión periódica del funcionamiento del Marco de Privacidad de Datos UE-EE.UU. Y la primera revisión se llevará a cabo antes de que

²⁵ Vid. A. ORTEGA GIMÉNEZ, “Decisiones relativas a las cláusulas contractuales tipo para las transferencias internacionales de datos personales a terceros países y entre los responsables y encargados del tratamiento”, en *Revista LA LEY Privacidad*, número 9, Editorial Wolters Kluwer, Madrid, julio-septiembre 2021, pp. 1-12.

se cumpla un año de la entrada en vigor de la decisión de adecuación (esto es, antes del 10 de julio de 2024), con objeto de verificar si todos los elementos pertinentes se han implantado plenamente y funcionan eficazmente en la práctica. Y el Departamento de Comercio estadounidense será el responsable de la administración y la supervisión del Marco. La Comisión Federal de Comercio de los EE.UU. se encargará de hacer cumplir por parte de las empresas estadounidenses.

83. El pasado 10 de julio de 2023, la Comisión Europea publicó su decisión de adecuación relativa al Marco de Privacidad de Datos UE-EE.UU. Se convierte en la tercera decisión de adecuación relativa al Marco de Privacidad de Datos UE-EE.UU.²⁶

84. Los puntos clave de esta decisión son los siguientes:

- a) Los servicios de inteligencia estadounidenses deberán limitar su acceso a los datos de la UE que sean necesarios y proporcionados a la protección de la seguridad nacional en el seno de una investigación realizada de acuerdo con la normativa de inteligencia exterior de los EEUU.
- b) Los ciudadanos de la UE podrán acudir al nuevo *Data Protection Review Court* para impugnar las acciones y decisiones de las autoridades de inteligencia y para proteger sus derechos.
- c) Si el *Data Protection Review Court* concluye que se han recogido datos incumpliendo las nuevas garantías, podrá requerir la supresión de los mismos.
- d) Las nuevas garantías en materia de acceso a los datos por los servicios de inteligencia complementarán las obligaciones que las empresas estadounidenses que importen datos de la UE tendrán que asumir.
- e) Las empresas estadounidenses podrán adherirse al Marco de Privacidad de Datos UE-EE.UU. si se comprometen a cumplir una serie de obligaciones detalladas de privacidad y obtienen la aprobación del *US Department of Commerce*, que se encargará de revisar y monitorizar si dichas empresas cumplen los requisitos.
- f) Entre los requisitos a cumplir destaca la obligación de borrar los datos personales cuando ya no sean necesarios para el fin que hubiera motivado su recogida;
- g) También destaca la obligación de garantizar la continuidad de la protección si se comparten los datos de carácter personal con terceros.
- h) En caso de tratamiento indebido de los datos por parte de las empresas estadounidenses, los ciudadanos de la UE dispondrán de varias vías de reparación entre las que destacan los mecanismos de resolución independiente y gratuita de controversias y un tribunal arbitral.
- i) Serán también aplicables las cláusulas contractuales tipo y las normas corporativas vinculantes. Como consecuencia de estas nuevas garantías, los datos personales transferidos por las empresas europeas a empresas estadounidenses al amparo del nuevo marco no necesitarán de establecer garantías adicionales de protección de datos.²⁷

85. Con la aprobación de este nuevo Acuerdo, la Comisión Europea espera, por un lado, dar carpetazo de una vez por todas, a la falta de garantías señalada por el TJUE y que provocó la invalidez de los dos marcos de privacidad anteriores (*Safe Harbor* y *Privacy Shield*); y, por otro lado, establecer un nuevo marco seguro y duradero, mediante el que se puedan realizar las transferencias de datos personales necesarias desde la UE a EE.UU.

²⁶ Decisión de ejecución de la Comisión de 10 de julio de 2023, de conformidad con el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo al nivel adecuado de protección de los datos personales en el marco de privacidad de datos entre UE y los EE.UU.

²⁷ *Vid.*, en sentido amplio, <https://commission.europa.eu/system/files/2023-07/Adequacy%20decision%20EU-US%20Data%20Privacy%20Framework.pdf>.

86. Este es un acuerdo importante y necesario para facilitar el actual flujo de datos UE-EE.UU. y las relaciones comerciales con clientes, socios y proveedores de servicios en dicho país. No obstante, existen todavía muchas dudas en relación con este nuevo marco jurídico trasatlántico y si el mismo podrá realmente conseguir los objetivos que se propone. En especial, los retos que la legislación estadounidense relativa a vigilancia y espionaje (*FISA* y *EO 12333*) suponen para ofrecer unas garantías similares a las establecidas por la normativa de protección de datos personales vigente en la UE.

87. El nuevo marco introduce mejoras significativas en comparación con el mecanismo que existía bajo el Escudo de Privacidad. Por ejemplo, si el Tribunal de Revisión de Protección de Datos determina que los datos se recopilaron en violación de las nuevas salvaguardas, podrá ordenar la eliminación de los datos. Las nuevas salvaguardas en el ámbito del acceso gubernamental a los datos complementarán las obligaciones que tendrán que suscribir las empresas estadounidenses que importen datos de la UE.

88. Las empresas estadounidenses podrán unirse al nuevo Marco de Privacidad Unión Europea-EE.UU. comprometiéndose a cumplir con un conjunto detallado de obligaciones de privacidad, por ejemplo, el requisito de eliminar datos personales cuando ya no sean necesarios para el propósito para el que fueron recopilados, y garantizar la continuidad de la protección cuando los datos personales se comparten con terceros.

89. Las personas de la UE se beneficiarán de varias vías de reparación en caso de que las empresas estadounidenses manejen incorrectamente sus datos. Esto incluye mecanismos de resolución de disputas independientes y gratuitos y un panel de arbitraje.

90. La clave va a estar en la capacidad de las autoridades americanas de controlar posibles abusos en la gestión de datos, sobre todo por las instituciones de inteligencia de EEUU. Y los principales cambios de este nuevo acuerdo van en esa línea para dotar de seguridad jurídica este tipo de transferencias internacionales de datos. De esta forma se establecen procedimientos e instituciones para ese control de la actividad amparada por la normativa americana se alinee con los principios del RGPD, a nivel de proporcionalidad y minimización de los datos.

91. El funcionamiento de estas medidas va a radicar en la transparencia que existe en estos procesos de control. Es importante que el ciudadano tenga visibilidad sobre en qué se concretan esas medidas y si van a tener el efecto que se esperan. Sin lugar a dudas, las principales obligaciones son las de respetar los principios básicos que reconoce el Marco de Privacidad (muy similares a los que reconoce el RGPD). Sobre el proceso de certificación, para adherirse al Marco de Privacidad deberá demostrarse el cumplimiento con los anteriores principios tanto al momento de inscribirse por primera vez como con cada recertificación (obligatoriamente, las entidades deberán revalidar su certificación con carácter anual). Al mismo tiempo se reconocen modalidades de certificación vía (i) *self assessment* o (ii) por comprobación externa.²⁸

92. Al examinar el nivel de protección ofrecido por un tercer país, la Comisión está obligada a evaluar el contenido de las normas aplicables en ese país derivadas de su legislación nacional o de sus compromisos internacionales, así como la práctica destinada a garantizar el cumplimiento de dichas normas; que, en caso de que dicha evaluación se considere insatisfactoria en términos de adecuación y equivalencia, la Comisión estará obligada a suspender la adecuación cuando deje de existir equivalencia.

93. Es evidente que la capacidad de transferir datos personales a través de las fronteras puede ser un motor fundamental de innovación, productividad y competitividad económica, siempre y cuando se ofrezcan unas garantías adecuadas; que estas transferencias deben realizarse con pleno respeto del

²⁸ *Vid.*, en sentido amplio, <https://www.economistjurist.es/actualidad-juridica/eeuu-y-la-ue-llegan-a-un-nuevo-acuerdo-sobre-transferencias-internacionales-de-datos-que-blinda-la-privacidad-que-reclamaba-el-tjue/>.

derecho a la protección de los datos personales y el derecho a la privacidad; y que uno de los fines de la UE es la protección de los derechos fundamentales consagrados en la Carta de derechos Fundamentales de la UE (en particular, el respeto de la vida privada y familiar y la protección de los datos personales).

94. Si bien el RGPD se aplica a todas las empresas que tratan datos personales de interesados en la UE cuando las actividades de tratamiento están relacionadas con la oferta de bienes o servicios a dichos interesados en la UE o con el seguimiento de su comportamiento en la medida en que este tenga lugar dentro de la UE, la recopilación indiscriminada de datos sin salvaguardias que limiten la intrusión en la privacidad de las personas por agentes estatales merma la confianza de los ciudadanos, las empresas y los Gobiernos europeos en los servicios digitales; y, por ende, en la economía digital; y, aunque a las agencias estadounidenses les está prohibida la recopilación masiva de datos sobre los ciudadanos estadounidenses que viven en ese país, dicha prohibición no se aplica en el caso de los ciudadanos de la UE; y esa vigilancia masiva por parte de agentes estatales es ilegal y afecta negativamente a la confianza de los ciudadanos y las empresas de la UE en los servicios digitales y, por ende, en la economía digital.

3. Especial atención a las reservas del Comité Europeo de Protección de Datos al nuevo Marco transatlántico de privacidad de datos

95. Hemos tenido que esperar casi 2 años desde la STJUE “Schrems II” para el restablecimiento del flujo de datos de carácter personal entre las empresas europeas y estadounidenses²⁹. Tras la invalidación de la decisión de adecuación anterior sobre el Escudo de privacidad la UE-EE.UU. por parte del Tribunal de Justicia de la UE, la Comisión Europea y el Gobierno estadounidense se sentaron a negociar un nuevo marco que resolviera los problemas puestos de manifiesto por el propio TJUE.³⁰

96. El pasado 25 de marzo de 2022 se publicó una Declaración conjunta de la Comisión Europea y los EE.UU. sobre el marco transatlántico de privacidad de datos. Dicha Declaración constituye un nuevo Marco Transatlántico de Privacidad de Datos, que pretende fomentar los flujos de datos transatlánticos y abordará las preocupaciones planteadas por “Schrems II”. El nuevo Marco fijaba un compromiso sin precedentes por parte de EE.UU. para implementar reformas que fortalecerán las protecciones de privacidad y libertades civiles aplicables a las actividades de inteligencia de señales de EE.UU. Bajo el Marco Transatlántico de Privacidad de Datos, EE.UU. implementará nuevas salvaguardas para garantizar que las actividades de vigilancia de señales sean necesarias y proporcionadas en la búsqueda de objetivos definidos de seguridad nacional, establecerá un mecanismo de reparación independiente de dos niveles con autoridad vinculante para medidas correctivas directas y mejorar la supervisión rigurosa y en capas de las actividades de inteligencia de señales para garantizar el cumplimiento de las limitaciones en las actividades de vigilancia.

97. Se señalaba, entonces, que sería el Comité Europeo de Protección de datos (CEPD) quien debía analizar el documento antes de que se adoptase una decisión en firme, tal y como recoge el RGPD. El CEPD recordó que, de momento, el anuncio no constituía un marco legal, por lo que los exportadores de datos **tendrían/tienen que seguir cumpliendo con las medidas impuestas** por el TJUE y a partir de la sentencia “Schrems II”. Y, así las cosas, el CEPD, en su reunión plenaria del pasado 28 de febrero de 2023, emitió un dictamen sobre el Proyecto de Decisión de Adecuación, publicado por la Comisión Europea el 13 de diciembre de 2022, sobre el nuevo Marco para los intercambios transatlánticos de datos personales entre la UE y los EE.UU.³¹

²⁹ Vid. A. ORTEGA GIMÉNEZ/ E. GARCÍA ESCOBAR, “Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 16 de julio de 2020 (“Schrems II”)”, en *LA LEY Privacidad*, número 6, Editorial Wolters Kluwer, Madrid, octubre-diciembre 2020, pp. 1-22.

³⁰ Vid., en sentido amplio, <https://www.tendencias.kpmg.es/2022/03/claves-acuerdo-principios-ue-ee-uu-marco-transatlantico-privacidad-datos>.

³¹ Vid. <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2023/03/06/el-comite-europeo-de-proteccion-de-datos-emite-un-dictamen-favorable-con-reservas-al-nuevo-marco-de-transferencia-de-datos-a-los-estados-unidos>.

98. El Dictamen del CEPD³² reconoce los aspectos positivos incorporados tras la negociación, al tiempo que señala determinadas deficiencias que no han sido resueltas, representando riesgos desde la óptica de la protección de datos personales. Dichas deficiencias afectan tanto a la parte comercial de dicho marco, es decir, a las transferencias de datos desde las empresas en Europa a las empresas en EE.UU., como al acceso que desde las autoridades de seguridad gubernamentales de EEUU se prevé a los datos personales que se transfieran a EE.UU. El CEPD ha presentado su dictamen al Parlamento Europeo, dando así continuidad al proceso de tramitación de dicho Acuerdo en la UE hasta su posible aprobación definitiva.

99. En su Dictamen 5/2023, el CEPD acoge con satisfacción mejoras sustanciales introducidas en relación con el marco anterior regulado por el Acuerdo *Privacy Shield*, tales como la introducción de los principios de necesidad y proporcionalidad para la recogida de datos por los servicios de inteligencia de EE.UU. y el nuevo mecanismo de recurso para los interesados de la UE; pero, al mismo tiempo, expresa su preocupación y solicita aclaraciones sobre varios puntos incluidos en la nueva propuesta.

100. Se señala que el marco de privacidad propuesto es una mejora respecto el anterior, pero no suficiente como para justificar una decisión de adecuación sobre las transferencias de datos personales, por lo que se oponen a éste.

101. Argumentan que la Comisión Europea no debería otorgar a los EE.UU. una decisión de adecuación que considere que su nivel de protección de datos personales sea esencialmente equivalente al de la UE y permita la transferencia de datos personales entre la UE y EE. UU. Recalcando que se continúa permitiendo la recopilación masiva de datos y que, a pesar de la creación de un Tribunal de Revisión de Protección de Datos, destinado a proporcionar a los interesados de la UE reparación en caso de vulneración de derechos, se trata de un tribunal que lleva a cabo decisiones secretas y que vulnera el derecho de los ciudadanos a acceder y rectificar los datos sobre ellos, además, de no tener plena independencia.

102. Concluyen indicando que se presenta un marco de privacidad que no se encuentra preparado para el futuro y que la evaluación de la adecuación debe basarse en la aplicación práctica de las normas. Por esto, entienden que la Comisión Europea no debería otorgar una decisión de adecuación basada en el régimen actual, sino que debería negociar nuevamente un nuevo acuerdo que mejore los puntos expuestos.

103. Y mientras todo esto ocurre, un nuevo terremoto en material de transferencias internacionales de datos de carácter personal se ha producido: hemos tenido conocimiento de la multa récord de 1200 millones de euros impuesta a Meta por parte del regulador irlandés por violar las normas europeas de protección de datos con su red social Facebook.

104. Meta, que pretende apelar, es condenada por haber continuado transfiriendo datos personales de usuarios de la UE a los EE.UU. violando las normas europeas en la materia, indicó en su decisión la Comisión Irlandesa de Protección de Datos. (DPC), que actúa en nombre de la UE.

105. Meta también debe suspender cualquier transferencia de datos personales a los EE.UU. en los próximos cinco meses tras la notificación de esta decisión y debe cumplir con la protección de datos en los próximos seis meses. Esta sanción, la más alta impuesta por un regulador de protección de datos en la UE, es el resultado de una investigación iniciada en 2020, y tiene su fundamentación jurídica en la vulneración del artículo 46 del RGPD, que señala que “el responsable o el encargado del tratamiento solo podrá transmitir datos personales a un tercer país u organización internacional si hubiera ofrecido garantías adecuadas y a condición de que los interesados cuenten con derechos exigibles y acciones legales efectivas”.

³² Puede accederse al contenido completo del Dictamen 5/2023 a través del enlace: https://edpb.europa.eu/system/files/2023-02/edpb_opinion52023_eu-us_dpf_en.pdf.

106. Esta es la tercera multa impuesta a Meta desde principios de año en la UE y la cuarta en seis meses. En enero, la Comisión Irlandesa de Protección de Datos. (DPC) había sancionado duramente al grupo con casi 400 millones de euros por delitos sobre el uso de datos personales con fines publicitarios dirigidos a sus aplicaciones de Facebook, Instagram y WhatsApp, luego, en marzo, con 5,5 millones de euros por violar la protección de datos con su mensaje de WhatsApp. Desde entonces, Meta se comprometió a cambiar sus términos de uso en Europa para poder continuar recopilando y procesando los datos personales de sus usuarios europeos. Estas sanciones se dan en un contexto de refuerzo de los controles y procedimientos judiciales en la UE, pero también en EE.UU., contra GAFa (Google, Amazon, Facebook y Apple), y las medidas tomadas recientemente contra el gigante chino TikTok. En 2021, Amazon recibió una multa de 746 millones de euros en Luxemburgo por incumplimiento de la normativa de protección de datos.

4. Valoración crítica

107. Al examinar el nivel de protección ofrecido por un tercer país, la Comisión está obligada a evaluar el contenido de las normas aplicables en ese país derivadas de su legislación nacional o de sus compromisos internacionales, así como la práctica destinada a garantizar el cumplimiento de dichas normas; que, en caso de que dicha evaluación se considere insatisfactoria en términos de adecuación y equivalencia, la Comisión debe abstenerse de adoptar una decisión de adecuación, ya que está supeditada a la aplicación de las garantías pertinentes; que la Comisión está obligada a suspender la adecuación cuando deje de existir equivalencia; que el RGPD exige que la evaluación pertinente sea un proceso continuo que tenga en cuenta los cambios en las normas y prácticas aplicables.

108. Sin ninguna duda la capacidad de transferir datos personales a través de las fronteras puede ser un motor fundamental de innovación, productividad y competitividad económica, siempre y cuando se ofrezcan unas garantías adecuadas; que estas transferencias deben realizarse con pleno respeto del derecho a la protección de los datos personales y el derecho a la privacidad; y que uno de los fines de la UE es la protección de los derechos fundamentales consagrados en la Carta (en particular, el respeto de la vida privada y familiar y la protección de los datos personales).

109. Si bien el RGPD se aplica a todas las empresas que tratan datos personales de interesados en la Unión cuando las actividades de tratamiento están relacionadas con la oferta de bienes o servicios a dichos interesados en la Unión o con el seguimiento de su comportamiento en la medida en que este tenga lugar dentro de la UE, la recopilación indiscriminada de datos sin salvaguardias que limiten la intrusión en la privacidad de las personas por agentes estatales merma la confianza de los ciudadanos, las empresas y los Gobiernos europeos en los servicios digitales y, por ende, en la economía digital; y, aunque a las agencias estadounidenses les está prohibida la recopilación masiva de datos sobre los ciudadanos estadounidenses que viven en ese país, dicha prohibición no se aplica en el caso de los ciudadanos de la UE; y esa vigilancia masiva por parte de agentes estatales es ilegal y afecta negativamente a la confianza de los ciudadanos y las empresas de la UE en los servicios digitales y, por ende, en la economía digital.

110. A pesar de que no existe legislación federal en materia de privacidad y protección de datos en los EE.UU., son notables los esfuerzos realizados por los EE.UU. en el Decreto n.º 14086, introduce definiciones de conceptos fundamentales de la protección de datos, como los principios de necesidad y proporcionalidad, y supone un importante paso adelante con respecto a mecanismos de transferencia anteriores, para fijar límites a las actividades de inteligencia de señales de los EE.UU. haciendo que los principios de proporcionalidad y necesidad sean aplicables al marco jurídico estadounidense en materia de inteligencia de señales e incorporando una lista de objetivos legítimos para dichas actividades.

111. Si bien el citado Decreto prevé importantes mejoras destinadas a garantizar que estos principios sean sustancialmente equivalentes a los contemplados en el Derecho de la UE, estos principios

son desde hace tiempo elementos clave del régimen de protección de datos de la UE y sus definiciones sustantivas recogidas en el Decreto n.º 14086 no están en consonancia con su definición en el Derecho de la UE y su interpretación por parte del TJUE.

112. En la medida en que el Decreto n.º 14086 permite en algunos casos la recopilación masiva de datos (incluido el contenido de las comunicaciones) mediante inteligencia de señales; si bien el Decreto n.º 14086 contiene varias garantías en caso de recogida masiva, no prevé una autorización previa independiente para la recogida masiva; y ya en la sentencia “Schrems II”, el TJUE explicó que la vigilancia de los EE. UU. no cumplía el Derecho de la UE porque no exigía un “criterio objetivo” que permitiese justificar la injerencia del Gobierno en la privacidad.

113. Se deben compartir las preocupaciones del CEPD en la medida en que el Decreto n.º 14086 no proporcione garantías suficientes respecto a la recopilación masiva de datos al no prever una autorización previa independiente, carecer de normas claras y estrictas sobre la conservación de los datos, permitir una recopilación masiva «temporal» y no establecer exigencias más estrictas en relación con la difusión de los datos recopilados de forma masiva; señala, en particular, la preocupación específica de que, si no se aplican restricciones adicionales a la transmisión a las autoridades estadounidenses, los servicios de seguridad podrían acceder a datos a los que, de otro modo, se les habría prohibido acceder; recuerda que las transferencias posteriores multiplican de hecho los riesgos para la protección de datos.

114. El Decreto n.º 14086 introduce algunas garantías para velar por la independencia de los jueces del TRPD, como también reconoce el CEPD; el TRPD forma parte del poder ejecutivo y no del poder judicial y que sus jueces son nombrados para un mandato fijo de cuatro años; el presidente de los EE.UU. puede revocar las decisiones del TRPD e incluso hacerlo en secreto; señala que, aunque el nuevo mecanismo de recurso no permite al fiscal general de los EE.UU. destituir y supervisar a los jueces del TRPD, no afecta a las facultades correspondientes del presidente de los EE.UU.; subraya que, mientras el presidente de los EE.UU. pueda destituir a los jueces del TRPD durante su mandato, la independencia de estos no estará garantizada; en caso de adopción, la Comisión debería seguir de cerca la aplicación de salvaguardas que garanticen la independencia en la práctica; señala que los demandantes estarían representados por un “abogado especial” designado por el TRPD y no sujeto a requisitos de independencia; pide a la Comisión que, en caso de que se adopte una decisión de adecuación, vele por que se introduzca un requisito de independencia; concluye que, a día de hoy, el TRPD no cumple las normas de independencia e imparcialidad establecidas en el artículo 47 de la Carta; y, si bien la Junta de supervisión de la intimidad y las libertades civiles examinaría de forma independiente el funcionamiento del nuevo proceso de recurso, el alcance de este examen sería limitado;

115. Si bien los EE.UU. han previsto un nuevo mecanismo de recurso para las cuestiones relacionadas con el acceso de las autoridades públicas a los datos, siguen existiendo dudas sobre la efectividad de las vías de recurso disponibles en materia comercial, respecto a las cuales la decisión de adecuación no introduce cambios; observa que los mecanismos para resolver estas cuestiones se dejan en gran medida a la discreción de las empresas, que pueden elegir vías alternativas de solución, como los mecanismos de resolución de litigios o el uso de los programas de privacidad de las empresas; pide a la Comisión que, en caso de que se adopte una decisión de adecuación, supervise de cerca la eficacia de estos mecanismos de recurso;

116. A diferencia de todos los demás terceros países que han recibido una decisión de adecuación en virtud del RGPD, los EE.UU. no cuentan con una ley federal de protección de datos. La aplicación del Decreto n.º 14086 no es clara, precisa ni previsible, ya que puede ser modificado en cualquier momento por el presidente de los EE. UU., quien también está facultado para emitir decretos secretos; observa que la revisión de la decisión de adecuación tendría lugar transcurrido un año a partir de la fecha de notificación de la decisión de adecuación a los Estados miembros y, posteriormente, al menos cada cuatro años.

117. Las preocupaciones expresadas por el CEPD en relación con los derechos de los interesados, la ausencia de definiciones fundamentales y de normas específicas sobre la toma de decisiones automatizada y sobre la elaboración de perfiles, la falta de claridad sobre la aplicación de los principios del marco de privacidad a los encargados del tratamiento y la necesidad de evitar que las transferencias ulteriores socaven el nivel de protección son compartidas.

118. Las decisiones de adecuación, que deben ser adoptadas sobre la base de la legislación y las prácticas vigentes, no solo en cuanto al fondo, sino también en la práctica, tal como se establece en la STJUE “Schrems I”, en la STJUE “Schrems II” y en el propio RGPD (Considerando 104), deben incluir mecanismos claros y estrictos de seguimiento y revisión a fin de garantizar que las decisiones estén preparadas para el futuro o que puedan revocarse o modificarse según proceda, y que se garantice en todo momento el derecho fundamental de los ciudadanos de la UE a la protección de datos y el Marco Transatlántico de Privacidad de Datos debería estar sujeto a una revisión permanente en función de la evolución jurídica y práctica en los EE.UU.³³

5. Perspectivas de futuro

119. Así las cosas, ¿podríamos decir que “a la tercera va la vencida?...pues la verdad es que no lo tenemos muy claro. A la misma vez que se anunciaba la puesta de largo del nuevo Marco de Privacidad de Datos UE-EE.UU. Edward Snowden se pronunciaba: este nuevo marco jurídico es en gran medida una copia del “Escudo de Privacidad”. El tercer intento de la Comisión Europea de conseguir un acuerdo estable sobre las transferencias de datos entre la UE y EE.UU. volverá probablemente al TJUE en cuestión de meses. El “nuevo” Marco Transatlántico de Privacidad de Datos es en gran medida una copia del fracasado “Escudo de Privacidad”. A pesar de los esfuerzos de relaciones públicas de la Comisión Europea, hay pocos cambios en la legislación estadounidense o en el enfoque adoptado por la UE. EE.UU. no se abordó el problema fundamental de la ley FISA 702, ya que sigue considerando que sólo las personas estadounidenses son merecedoras de derechos constitucionales.³⁴

120. En 2013 Edward Snowden reveló que el Gobierno de EE.UU. utilizaba empresas de “grandes tecnologías” y programas como “PRISM” o “Upstream” al amparo de la FISA 702 y la OE 12.333 para espiar al resto del mundo sin necesidad de causa probable ni aprobación judicial. Esto no se limitaba a la delincuencia o el terrorismo, sino que también incluía el espionaje a “socios” de EE.UU. Desde una ley de la UE de 1995, en general no se pueden enviar datos personales fuera de la UE a menos que exista una protección “esencialmente equivalente” en el país de destino. La industria estadounidense se basó en gran medida en una Decisión de la Comisión Europea llamada “Safe Harbor” (Puerto Seguro) que declaró a EE.UU. “esencialmente equivalente” en 2000. El TJUE anuló la Decisión de la Comisión en el asunto C-362/14 (“Schrems I”) en 2015, dadas las leyes de vigilancia de EEUU. En 2016, la Comisión Europea ha aprobado en gran medida la misma Decisión sobre transferencias de datos UE-EE.UU. de nuevo, bajo el nuevo nombre de «Escudo de Privacidad», que fue invalidado por el TJUE en C-311/18 (“Schrems II”) en 2020 en gran medida por los mismos motivos.

121. Tras la anulación del “Escudo de la privacidad”, las negociaciones entre la UE y EE.UU. apenas avanzaron. EE.UU. insistió en que los datos de la UE seguirían sujetos a la vigilancia masiva estadounidense y que las personas “no estadounidenses” no tendrían las mismas protecciones que las estadounidenses. Tras más de año y medio sin apenas movimiento, EE.UU. habría utilizado la guerra de Ucrania para presionar a la UE sobre el intercambio de datos personales. Poco después, Joe Biden y Ursula von der Leyen se reunieron el 25 de marzo de 2022. Ese mismo día, los dos han “resuelto”

³³ Vid. Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de mayo de 2023, sobre la adecuación de la protección conferida por el marco de privacidad de datos UE-EE. UU. (2023/2501(RSP)).

³⁴ Vid. <https://noyb.eu/es/european-commission-gives-eu-us-data-transfers-third-round-cjeu>.

de repente lo que los abogados eran incapaces de resolver y han presentado un “acuerdo de principio”, un pagaré que en esencia contenía dos “trucos” que deberían calmar a la opinión pública: a) *en primer lugar*, el TJUE consideró que **la vigilancia masiva FISA 702 no era «proporcionada»** en el sentido del artículo 52 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (CFR). La «nueva» Orden Ejecutiva 14086 de EE.UU. (que equivale en gran medida a la PPD-28 de 2014) incluiría ahora la palabra “proporcionada”. El “truco” aquí: EEUU atribuirá otro significado a la palabra “proporcionado” que el TJUE. La OE 14086 declara que la vigilancia masiva FISA 702 es “proporcionada” en virtud de una “interpretación estadounidense” no revelada de la palabra y contraria a las dos conclusiones del TJUE. De este modo, la UE y EE.UU. pudieron afirmar que estaban de acuerdo en la misma palabra (“proporcionada”), incluso cuando no hay acuerdo sobre el significado de la palabra; y, b) *en segundo lugar*, el TJUE determinó que la compensación a través del “Defensor del Pueblo” del Escudo de Privacidad no cumplía ni remotamente con el artículo 47 del MCR, incluso cuando el Defensor del Pueblo fue aclamado por las relaciones públicas de la Comisión en 2016 como una forma “independiente” de «compensación en el ámbito de la seguridad nacional». El “truco” de la reparación: el mecanismo del Defensor del Pueblo fue **renombrado y dividido en un Oficial de Protección de las Libertades Civiles (CLPO) y un llamado «Tribunal»** (que no es un tribunal, sino un órgano ejecutivo parcialmente independiente). Aunque hay algunas mejoras menores con respecto al Defensor del Pueblo, el individuo no tendrá ninguna interacción directa con los nuevos organismos (tendrá que enviar una queja a una autoridad de protección de datos de la UE y no será escuchado por EE.UU.) y darán exactamente la misma respuesta que el anterior «Defensor del Pueblo». Según la OE 14086, el CLPO y el Tribunal deberán responder en cualquier caso diciendo: “Sin confirmar ni negar que el denunciante estuviera sometido a actividades de inteligencia de señales de EE.UU., la revisión o bien no identificó ninguna violación cubierta o bien el Tribunal de Revisión de Protección de Datos emitió una resolución que exigía una reparación adecuada” (ver aquí). Por lo tanto, la “sentencia” de este “Tribunal” se conoce incluso antes de que se presente un caso. Hay muchos problemas adicionales con el mecanismo, que garantizarán en gran medida que las denuncias ni siquiera sean admitidas. Parece impensable que el Tribunal de Justicia acepte esto como “recurso judicial” en virtud del artículo 47 del MCR.

122. EE.UU. se ha negado a reformar la FISA 702 para ofrecer a las personas no estadounidenses una protección razonable de la intimidad. Hay acuerdo a ambos lados del Atlántico en que la FISA 702 y la OE 12.333 violan derechos fundamentales en virtud de la 4ª Enmienda en EE.UU. y de los artículos 7, 8 y 47 del CFR en la UE, pero EE.UU. sigue insistiendo en que las personas no estadounidenses no tienen derechos constitucionales en EE.UU., por lo que una violación de su derecho a la intimidad no está cubierta por la 4ª Enmienda. FISA 702 tendrá que prorrogarse a finales de 2023, dado que existe una “cláusula de extinción” en la legislación estadounidense. Esta habría sido la oportunidad perfecta para mejorar la ley estadounidense, pero dado el nuevo acuerdo con la UE, habrá pocas razones para que EE.UU. reforme la FISA 702³⁵.

123. En general, el nuevo “Marco Transatlántico de Privacidad de Datos” es una copia de *Privacy Shield* (de 2016), que a su vez era una copia de *Safe Harbour* (de 2000). Dado que este enfoque ya ha fracasado dos veces, no había base jurídica para el cambio de rumbo: la única lógica de llegar a un acuerdo era política.

³⁵ Señala MAX SCHREMS, presidente de *Noyb*: “dicen que la definición de locura es hacer lo mismo una y otra vez y esperar un resultado diferente. Al igual que el “Escudo de la privacidad”, el último acuerdo no se basa en cambios materiales, sino en intereses políticos. Una vez más, la actual Comisión parece pensar que el lío será problema de la próxima Comisión. La FISA 702 debe ser prorrogada por EE.UU. este año, pero con el anuncio del nuevo acuerdo la UE ha perdido todo poder para conseguir una reforma de la FISA 702”. Es más, “ahora tenemos ‘Puertos’, ‘Paraguas’, ‘Escudos’ y ‘Marcos’, pero ningún cambio sustancial en la legislación estadounidense sobre vigilancia. Las declaraciones de prensa de hoy son casi una copia literal de las de hace 23 años. El mero anuncio de que algo es “nuevo”, “sólido” o “eficaz” no basta ante el Tribunal de Justicia. Necesitaríamos cambios en la legislación estadounidense sobre vigilancia para que esto funcionara, y sencillamente no los tenemos.” *Vid.* <https://noyb.eu/es/european-commission-gives-eu-us-data-transfers-third-round-cjeu>.

124. Cualquier persona cuyos datos personales vayan a ser transferidos en virtud del nuevo acuerdo puede presentar un recurso ante las autoridades de protección de datos o los tribunales. *noyb* ha preparado varias opciones procesales para llevar el nuevo acuerdo ante el TJUE. Esperamos que el nuevo sistema sea aplicado por las primeras empresas en los próximos meses, lo que abrirá la vía a la impugnación por parte de una persona cuyos datos se transfieran en virtud del nuevo instrumento. No es improbable que una impugnación llegue al TJUE a finales de 2023 o principios de 2024. El TJUE tendría entonces incluso la opción de suspender el “Marco” durante el tiempo que dure el procedimiento. Una decisión final del TJUE sería probable para 2024 o 2025. Independientemente de que la impugnación prospere, esto aportará claridad al “Marco Transatlántico de Privacidad de Datos” dentro de unos dos años.³⁶

125. Este tercer intento de aprobar en gran medida la misma decisión ilegal también plantea interrogantes sobre el papel más amplio de la Comisión Europea como guardiana de los tratados de la UE. En lugar de defender el “Estado de derecho”, la Comisión se limita a aprobar una decisión inválida una y otra vez, a pesar de las claras sentencias del TJUE. A pesar de la gran indignación tras las revelaciones de Snowden en la UE y de los repetidos llamamientos del Parlamento Europeo a tomar medidas, la Comisión parece dar prioridad a las relaciones diplomáticas con EE.UU. y a la presión empresarial a ambos lados del Atlántico sobre los derechos de los europeos y los requisitos de la legislación de la UE³⁷.

VI. Conclusiones

126. PRIMERA. - El imparable (y peligroso) aumento de las transferencias internacionales de datos de carácter personal. El acceso y uso de la información por parte de empresas, administraciones e individuos se ha convertido en un precioso bien intangible, causa y efecto a la vez de la progresiva integración económica y social. Junto a la dimensión económica, la protección de los datos personales y de la intimidad supone afrontar por vez primera la difícil tarea de compatibilizar los derechos fundamentales con el comercio internacional; y todo ello en cada una de las distintas esferas jurídicas implicadas. La búsqueda de una solución que ampare ambos intereses en las transferencias internacionales de datos en un contexto global no es fácil, debido sobre todo, a las diferencias entre los distintos niveles de protección de los derechos y libertades de las personas y su intimidad existentes entre distintos estados. En este sentido, la búsqueda de soluciones uniformes ha de superar las distintas calificaciones en las categorías de datos personales y los distintos intereses económicos en juego, dada la original vinculación de los datos con el desarrollo del comercio internacional. Las acciones concertadas permitirían, además de un aumento de la eficacia y la seguridad jurídicas, la consecución de economías sobre los costes de circulación internacional de la información, impidiendo la constitución de los comentados “paraísos de datos” y la deslocalización de actividades informáticas.

127. La especial volatilidad de las transferencias internacionales de datos complica extraordinariamente la definición del derecho sustantivo aplicable. Las características de los flujos de información y el carácter abierto de las redes posibilitan el acceso a los datos, así como su recopilación y tratamientos desde varios países de manera simultánea, por lo que distintos estados tendrán competencia normativa para definir los términos y las condiciones de las prácticas apropiadas en el ámbito de la información.

³⁶ MAX SCHREMS: «Tenemos varias opciones de impugnación ya en el cajón, aunque estamos hartos de este ping-pong jurídico. Actualmente esperamos que esto vuelva al Tribunal de Justicia a principios del año que viene. El Tribunal de Justicia podría incluso suspender el nuevo acuerdo mientras revisa su contenido. En aras de la seguridad jurídica y el Estado de Derecho, entonces sabremos si las pequeñas mejoras de la Comisión han sido suficientes o no. Durante los últimos 23 años, todos los acuerdos entre la UE y EE.UU. han sido declarados inválidos con carácter retroactivo, haciendo ilegales todas las transferencias de datos realizadas por las empresas en el pasado; parece que ahora vamos a añadir otros dos años de este ping-pong». *Vid.* <https://noyb.eu/es/european-commission-gives-eu-us-data-transfers-third-round-cjeu>.

³⁷ MAX SCHREMS: “se supone que la Comisión es la ‘guardiana de los tratados’ y la defensora del ‘Estado de Derecho’. Le encanta ese papel cuando se trata de que los Estados miembros violen la legislación de la UE. Ahora la propia Comisión simplemente ignora al Tribunal de Justicia por tercera vez”. *Vid.* <https://noyb.eu/es/european-commission-gives-eu-us-data-transfers-third-round-cjeu>.

128. SEGUNDA. - Diferente enfoque acerca de la protección del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal entre la UE y los EE.UU. en tres actos. El fracaso de los *Safe Harbour* tuvo una razón de ser clara: ya que a los ojos de la Directiva, era posible que las exportaciones de datos de carácter personal a los EE.UU. fueran prohibidas ya que mientras el enfoque de EEUU en esta materia se basaba en una mezcla de legislación, reglamentación y autorregulación, la UE consideraba imprescindible la protección del derecho fundamental a la privacidad.

Gráficamente podemos reseñar ese diferente enfoque en dos actos:

Acto Primero: STJUE “Schrems I”

129. Varios fueron los interrogantes (sin respuesta) que las condiciones de aplicación e imposición del Acuerdo UE-EE.UU. nos planteó: ¿Qué repercusión tendrá en la función de las autoridades nacionales de control la elección de una sociedad estadounidense con quejas incursas ante un organismo específico?; en el ámbito europeo, cuando se tramiten las quejas, ¿cuáles serán las competencias respectivas de las autoridades nacionales de control y de la UE?; en el caso de procedimientos que tengan lugar en EE.UU. y en la UE de manera simultánea o sucesiva y que resulten en posturas contrarias respecto de una misma queja, ¿cómo se resolverán las diferencias?

130. Y, sobre el contenido de los Principios de *Safe Harbour*, se debió poner la atención, en particular, en alguno de ellos: por un lado, hubiera sido aconsejable reforzar el Principio de “Opción”, ya que los principios de puerto seguro no regulaban la legitimidad de los criterios de tratamiento; y, por otro lado, respecto del principio de “Acceso”, pensamos que las excepciones que contenían las FAQ eran demasiado generales, era preciso abarcar los datos públicos; y, c) que los datos cuyo tratamiento vulnerase los principios habrían de corregirse o suprimirse. Quizás estos interrogantes precipitaron el resultado de sobra conocido por todos: el TJUE declaró inválida la Decisión 2000/520/CE que consideraba que los principios de Puerto Seguro garantizaban un nivel adecuado de protección de los datos transferidos desde la UE a empresas norteamericanas (STJUE “Schrems I”)-

Acto Segundo: STJUE “Schrems II”

131. La STJUE “Schrems II” resolvió un total de once cuestiones prejudiciales planteadas por la High Court (Tribunal Superior, Irlanda), que el TJUE agrupó, para su resolución, en cinco cuestiones que se referían a la aplicabilidad del RGPD a las transferencia de datos a terceros países extracomunitarios, cuando en dichos países los datos pueden ser tratados por las autoridades con fines de seguridad nacional, defensa y seguridad del Estado; a los elementos integrantes del nivel de protección adecuado en terceros países; a las competencias y facultades de las autoridades de control en dichas transferencias; así como a la validez tanto de la Decisión 2010/87/UE relativa a las cláusulas contractuales tipo bajo el prisma de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, como de la Decisión “Escudo de Privacidad”, así como el grado de garantía de la tutela judicial efectiva que, para los ciudadanos de la Unión Europea, ofrece la figura del Defensor del Pueblo mencionado en esta última Decisión.

132. El TJUE interpretó el nivel de protección adecuado para la transferencia de datos a terceros países en el sentido de que las garantías adecuadas, los derechos exigibles y las acciones legales efectivas requeridas las disposiciones normativas de los terceros países deben garantizar que los derechos de las personas cuyos datos personales se transfieren a dicho país, sobre la base de cláusulas tipo de protección de datos, gozan de un nivel de protección, sustancialmente, equivalente al garantizado dentro de la Unión Europea por el RGPD, interpretado a la luz de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

133. En cuanto a las facultades de las autoridades de control competentes en el caso de transferencias de datos protegidos a terceros países extracomunitarios, diferencia el TJUE entre si existe o no

de una decisión de adecuación dictada por la Comisión. En el caso de que exista una decisión de adecuación, y mientras que la misma no haya sido objeto de invalidación por el TJUE, los Estados miembros y sus órganos, entre ellos las autoridades de control independientes, no pueden adoptar medidas contrarias a esa decisión, aunque tienen la potestad de interponer recurso ante los tribunales nacionales para que éstos formulen una cuestión prejudicial, ante el TJUE, sobre la validez de la decisión de adecuación. Por el contrario, en el caso de que no exista una decisión de adecuación emitida por la Comisión, el Tribunal resuelve que la autoridad de control competente está obligada a suspender o prohibir una transferencia de datos a un país tercero basada en cláusulas tipo de protección de datos adoptadas por la Comisión, cuando esa autoridad de control considera, que dichas cláusulas no se respetan o no pueden respetarse en ese país tercero.

134. El TJUE, en la Sentencia “Schrems II”, declaró la validez de la Decisión 2010/87/UE por cuanto que ésta prevé mecanismos efectivos que permiten en la práctica garantizar que la transferencia a un país tercero de datos personales sobre la base de las cláusulas tipo de protección de datos recogidas en el anexo de la antedicha Decisión se prohíba o suspenda cuando el destinatario de la transferencia no cumpla las referidas cláusulas o no le resulte posible cumplirlas, incluyendo la posibilidad de control por las autoridades en el caso de que por el responsable del tratamiento no se suspenda o prohíba la transferencia.

135. En consecuencia, el TJUE declaró la invalidez de la Decisión “Escudo de Privacidad” teniendo en cuenta, por una parte, que las injerencias resultantes de los programas de vigilancia basados en la normativa de los EE.UU. no ofrecen un nivel de protección, sustancialmente, equivalente al garantizado dentro de la Unión Europea por el RGPD, interpretado a la luz de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y, por otra parte, que el mecanismo del Defensor del Pueblo previsto en la Decisión “Escudo de Privacidad”, no subsana las limitaciones al derecho a la tutela judicial efectiva, poniendo en entredicho la independencia del Defensor del Pueblo con respecto al poder ejecutivo de los EE.UU., poniendo de manifiesto, además, que no existe ninguna garantía legal que pueda ser invocada por los ciudadanos ante dicho Defensor del Pueblo, por lo que no se cumple con la exigencia de una vía de recurso efectivo garante del derecho a la tutela judicial efectiva en materia de protección de datos.

136. TERCERA. - Hacia la restauración de la confianza y la estabilidad en los flujos de datos trasatlánticos. Las transferencias internacionales de datos de carácter personal UE-EE.UU. siguen al orden del día con el nuevo Acuerdo UE-EE.UU. flujos de datos trasatlánticos.

137. El pasado 10 de julio de 2023 la Comisión Europea publicó su decisión de adecuación relativa al Marco de Privacidad de Datos UE-EE.UU. Se convierte en la tercera decisión de adecuación relativa al Marco de Privacidad de Datos UE-EE.UU. Los puntos clave de esta decisión son los siguientes: a) Los servicios de inteligencia estadounidenses deberán limitar su acceso a los datos de la UE que sean necesarios y proporcionados a la protección de la seguridad nacional en el seno de una investigación realizada de acuerdo con la normativa de inteligencia exterior de los EEUU.; b) Los ciudadanos de la UE podrán acudir al nuevo Data Protection Review Court para impugnar las acciones y decisiones de las autoridades de inteligencia y para proteger sus derechos; c) Si el Data Protection Review Court concluye que se han recogido datos incumpliendo las nuevas garantías, podrá requerir la supresión de los mismos; d) Las nuevas garantías en materia de acceso a los datos por los servicios de inteligencia complementarán las obligaciones que las empresas estadounidenses que importen datos de la UE tendrán que asumir; e) Las empresas estadounidenses podrán adherirse al Marco de Privacidad de Datos UE-EE.UU. si se comprometen a cumplir una serie de obligaciones detalladas de privacidad y obtienen la aprobación del US Department of Commerce, que se encargará de revisar y monitorizar si dichas empresas cumplen los requisitos; f) Entre los requisitos a cumplir destaca la obligación de borrar los datos personales cuando ya no sean necesarios para el fin que hubiera motivado su recogida; g) También destaca la obligación de garantizar la continuidad de la protección si se comparten los datos de carácter personal con terceros; h) En caso de tratamiento indebido de los datos por parte de las empresas estadounidenses, los ciudadanos de la UE dispondrán de varias vías de reparación entre las que destacan los mecanismos de resolución

independiente y gratuita de controversias y un tribunal arbitral; y, finalmente, i) Serán también aplicables las cláusulas contractuales tipo y las normas corporativas vinculantes. Como consecuencia de estas nuevas garantías, los datos personales transferidos por las empresas europeas a empresas estadounidenses al amparo del nuevo marco no necesitarán de establecer garantías adicionales de protección de datos.³⁸

138. En definitiva, este nuevo Marco de Privacidad de Datos UE-EE.UU. no da lugar a una equivalencia sustancial en el nivel de protección; se debería crear un mecanismo que garantice dicha equivalencia y que proporcionase el nivel adecuado de protección exigido por la legislación de la UE en materia de protección de datos y la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, según la interpretación del TJUE y todas las recomendaciones formuladas, en su día, por el Parlamento Europeo y por el CEPD. Así las cosas, en un horizonte no muy lejano, se vislumbra un “Schrems III”... ¡Ojalá nos equivoquemos!

³⁸ Vid. <https://commission.europa.eu/system/files/2023-07/Adequacy%20decision%20EU-US%20Data%20Privacy%20Framework.pdf>.

El pago anticipado en las obligaciones dinerarias sometidas a plazo en Colombia. Un análisis a partir de los instrumentos internacionales de derecho contractual

Advance payment in monetary term obligations in Colombia. An analysis based on international contract law instruments

JORGE OVIEDO ALBÁN*

Universidad de La Sabana

ORCID ID: 0000-0003-2174-4765

WILLIAM DAVID HERNÁNDEZ MARTÍNEZ**

Universidad de La Sabana

ORCID ID: 0000-0003-4147-8652

Recibido:20.11.2023 / Aceptado:27.12.2023

DOI: 10.20318/cdt.2024.8433

Resumen: El presente artículo lleva a cabo un análisis del estado actual del ordenamiento jurídico colombiano en relación con la posibilidad de que un deudor, cuya obligación dineraria esté sujeta a un plazo determinado, pueda renunciar a dicho plazo y, por ende, efectuar el pago anticipado de la obligación sin incurrir en sanciones. Se destacan diversos pronunciamientos jurisprudenciales que respaldan esta posibilidad en casos específicos. El texto plantea una alternativa de interpretación de las normas vigentes en materia civil y comercial. Esta propuesta busca extender la posibilidad de renuncia al plazo, incluso en situaciones donde dicho plazo beneficie al acreedor o a ambas partes (acreedor y deudor). Se fundamenta en el deber de colaboración del acreedor, en consonancia con lo permitido en los instrumentos internacionales de Derecho contractual.

Palabras clave: Pago anticipado, Obligaciones dinerarias a plazo, Deber de cooperación de las partes, Instrumentos internacionales de derecho contractual.

Abstract: This article makes a study of the current state of the colombian legal system on the possibility of the debtor of a monetary obligation subject to a term may or may not waive the same and therefore prepay the obligation without incurring any penalty. Several jurisprudential pronouncements are evidenced, for specific cases, that allow this situation. The text proposes an alternative interpretation of the rules in force in civil and commercial Law matters, so that also in those cases in which the term benefits the creditor, or both the creditor and the debtor, based on the creditor's duty of cooperation, as allowed in international contract law instruments.

Keywords: Advance payment, Money obligations in installments, Duty of cooperation of the parties, International instruments of contract law.

* Doctor en Derecho y Magíster en Derecho Privado por la Universidad de los Andes (Santiago de Chile). Abogado y especialista en Derecho Comercial por la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá). Director del Doctorado en Derecho y de la Maestría en Derecho de la Empresa y de los Negocios de la Universidad de La Sabana.

jorge.oviedo@unisabana.edu.co

** Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid (España). Abogado y Magíster en Derecho por la Universidad Sergio Arboleda. Profesor de la Universidad de La Sabana. Autor corresponsal.

william.hernandez2@unisabana.edu.co

Sumario: I. Introducción. II. La renuncia al plazo en Colombia. 1. La renuncia al plazo en los Códigos Civil y de Comercio. 2. La renuncia al plazo en los créditos hipotecarios para adquisición de vivienda. 3. La renuncia al plazo en otras operaciones de crédito. III. Un estudio desde los instrumentos internacionales de contratación. 1. La cooperación en los instrumentos internacionales de contratación. 2. La renuncia al plazo en los instrumentos internacionales de contratación. IV. Conclusiones.

I. Introducción

1. Una pregunta jurídica frecuente, realizada en especial por los usuarios del sistema financiero, suele ser la referida a si el deudor de una obligación dineraria, especialmente en un contrato de mutuo, sometida a un plazo puede o no renunciar al mismo y por ende pagar anticipadamente la obligación. Además, puede suceder que en los contratos de mutuo celebrados con instituciones financieras –extensible obviamente a otros contratos en los que el deudor cuente con un plazo para pagar la obligación– se pacten cláusulas que impidan efectuar pagos anticipados de tales obligaciones, lo cual genera interrogantes entre los deudores para determinar el alcance y límites de estas.

2. Para responder a estas inquietudes, que es el objetivo perseguido con este artículo, conviene aclarar el estado normativo y jurisprudencial en torno a ambas cuestiones. Aunque apuntando hacia una misma dirección, que es permitir al deudor de este tipo de obligaciones renunciar al plazo y pagar anticipadamente sin incurrir en ningún tipo de sanción, son varios los caminos en el Derecho colombiano que conducen hacia dicha dirección, con sustento normativo y jurisprudencial, aunque no para todo tipo de operaciones. De esta forma, se justifica poder identificar tales fuentes a fin de exponerlas sistemáticamente, de manera que esto pueda ayudar a los operadores del sistema financiero, tanto entidades como usuarios, a encontrar respuestas jurídicas para resolver las inquietudes anunciadas.

3. Como se verá, en la doctrina colombiana no se encuentra mayores referencias sobre esta cuestión, salvo los comentarios relativos a las normas del Código Civil sobre renuncia del plazo realizados en las obras generales de obligaciones¹. Teniendo en cuenta que el tema ha sido objeto de regulación especial en los últimos años en el país, además de existir sobre ello algunos pronunciamientos jurisprudenciales, se justifica hacer una exposición que muestre el estado actual del ordenamiento sobre el cual apoyarse para responder a las inquietudes señaladas. Igualmente, se propone una alternativa de interpretación de las reglas vigentes en materia civil y comercial, de tal forma que también en aquellos casos en que en el plazo beneficie al acreedor, o tanto al acreedor como al deudor, éste pueda cumplir con la prestación anticipadamente, basándose en el deber de colaboración del acreedor. Esta interpretación resulta acorde con las tendencias del moderno derecho de la contratación, tal como lo reflejan varios instrumentos tanto de naturaleza convencional, como de *Soft Law*.

4. Para lograr el objetivo propuesto, este artículo se dividirá de la siguiente manera: en primer lugar, se aludirá a las normas del Código Civil (artículo 1554 y 2229) que son el punto de partida tanto para la formulación de las inquietudes como para su posible solución (II.1). En segundo término, se hará referencia a los créditos hipotecarios para adquisición de vivienda, a partir de los cuales se empezó a gestar una interpretación favorable a la posibilidad mencionada, seguida con posterioridad por la Ley 546 de 1999 sobre financiación para adquisición de vivienda (II.2). En tercer lugar, se mostrará el estado normativo en otras operaciones de crédito reguladas por normas especiales tanto en materia financiera como en protección a los consumidores (II.3). En cuarto lugar, se estudian las disposiciones sobre la cooperación del acreedor y la renuncia al plazo en los instrumentos internacionales de contratación (III), incluyendo algunas consideraciones finales y conclusiones (IV).

¹ Incluso en algún caso, hay una omisión total al asunto. Así VALENCIA ZEA, quien hace una explicación de las obligaciones del mutuario de pagar los intereses y las circunstancias de tiempo de este, pero sin referencia a la regla del artículo 2229 del Código Civil. Cfr. A. VALENCIA ZEA, *Derecho Civil, t. IV, De los Contratos*, 6ª ed., Temis, Bogotá, 1985, pp. 167-168.

II. La renuncia al plazo en Colombia

5. La cuestión planteada encuentra una respuesta inicial en los Códigos de derecho privado (Civil y Comercial), según el cual el deudor puede renunciar al plazo, a menos que las partes hayan estipulado lo contrario o que el pago anticipado cause al acreedor un perjuicio. Sin embargo, esta respuesta no es absoluta. Por una parte, por cuanto el reconocimiento -cada vez más amplio- del deber de colaboración de las partes, así como, la jurisprudencia constitucional ha venido relativizando las reglas aplicables al supuesto de estudio, como se procede a estudiar.

1. La renuncia al plazo en los Códigos Civil y de Comercio

6. La cuestión planteada encuentra una respuesta general en el artículo 1554 del Código Civil, según el cual el deudor puede renunciar al plazo, a menos que las partes –o el testador– hayan estipulado lo contrario; o bien que la anticipación del pago acarree al acreedor un perjuicio que por medio del plazo se propuso manifiestamente evitar. En este último supuesto, como bien lo anotó en su momento VÉLEZ, debe aparecer de forma manifiesta en el contrato que el plazo tiene por fin que el acreedor no se perjudique, ante lo cual se requiere una apreciación de los hechos que debe ser hecha por el juez².

7. En el sentido antes anotado, el artículo 2229 del mismo Código establece que, tratándose de la obligación derivada del contrato de mutuo, el mutuario podrá pagar toda la suma prestada antes del término estipulado, salvo que se hayan pactado intereses. El artículo 1554 del Código Civil parece suponer que el plazo beneficia al deudor, de forma tal que la excepción debiere provenir del pacto entre las partes o de las circunstancias del caso, lo cual implica que el deudor queda exonerado de probar a favor de quien se ha concedido el plazo.

8. Tal como indica Díez-Picazo, desde antiguo se ha considerado que el plazo es un beneficio para el deudor, toda vez que al ser él quien soporta la prestación, debe suponerse que su interés consiste en retrasar su cumplimiento lo más posible. De esta manera, la regla de que el plazo constituye un beneficio para el deudor se ha elevado al rango de principio en los ordenamientos modernos, aunque sin embargo no tiene carácter absoluto, toda vez que el plazo puede haber sido concedido en beneficio del acreedor³. De todas maneras, en algunos códigos civiles, como el español, se establece la presunción de que el plazo beneficia tanto al acreedor como al deudor, según lo consagrado en el artículo 1127⁴. También varios apartados del Digesto así permiten inferirlo, como sucede en D. 46,3,70 y D. 45,1,38§16,

² F. VÉLEZ, *Estudio sobre el Derecho Civil colombiano*, t. VI, 2ª ed., Imprenta Paris-América, Paris, 1926, p. 123.

³ L. Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil, II, Las relaciones obligatorias*, 6ª ed., Thomson-Civitas, Cizur-Menor, 2008, pp. 373.

⁴ Cfr. L. Díez-Picazo, *op. cit.*, p. 374. Sobre el origen romano de la regla según la cual el plazo, por regla general, beneficia al deudor, véase: A. GUZMÁN BRITO, *Derecho Privado Romano*, t. II, 2ª ed., Legal Publishing–Thomson Reuters, Santiago, 2013, p. 338; M.F.C. DE SAVIGNY, *Sistema de Derecho romano actual*, t. I, 2ª ed., J. Mesía y M. Poley (trads.), Centro Editorial Góngora, Madrid, 1960, pp. 268-270.; J. ARIAS RAMOS, *Derecho Romano*, t. II, Editorial Revista de Derecho Romano, Madrid, 1960, pp. 676-677. De forma similar, FUENTESECA indica que el deudor puede pagar antes del término, puesto que el plazo se considera establecido a favor del obligado. P. FUENTESECA, *Derecho privado romano*, Sánchez A. Gráficas, Madrid, 1978, pp. 196. Ver también: M. J. MARÍN LÓPEZ, «De las obligaciones a plazo», en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.) *Comentarios al Código Civil, Tomo V*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 8284-8285. VITERI ZUBIA resalta que en el legislador español se ha producido un cambio con respecto a la concepción tradicional del plazo, que solía considerarlo en beneficio del deudor. Ahora se trata el elemento temporal como una restricción a las facultades de ambas partes involucradas en la relación obligatoria. El acreedor no puede exigir el cumplimiento antes de la fecha establecida, y si lo hace, el deudor puede rechazar esa solicitud argumentando que aún no ha llegado el momento adecuado. Sin embargo, el deudor tampoco puede forzar al acreedor a recibir el pago antes de la fecha prevista, lo que significa que el acreedor puede rechazar un pago anticipado sin que esto le cause problemas de incumplimiento. En este contexto, el artículo 1127 del Código Civil proporciona una regla interpretativa que se aplica cuando las partes no han establecido nada al respecto, y no se puede deducir nada más del texto y las circunstancias de la obligación. I. VITERI ZUBIA, *El pago anticipado en las obligaciones a plazo. El derecho al reembolso anticipado en el sector específico del crédito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 150-153.

donde se señala la posibilidad para el deudor de pagar inmediatamente, aunque se haya prometido para cierto día la prestación. De igual forma, en D. 45,1,41§1 se indica expresamente que el señalamiento de plazo para el pago es a favor del deudor y no del estipulante y en D. 50,17,17, cuando se dice que cuando en las estipulaciones se añade tiempo a favor del que promete⁵.

9. Bajo esta perspectiva, esto es, que por regla general el plazo está establecido en favor del deudor, de forma que puede renunciar a este derecho, salvo aquellos casos en que el plazo sea en beneficio del acreedor o de ambos, caso en el cual el acreedor debe prestar su autorización⁶. El caso del mutuo con intereses sería, entonces, un evento en el cual el plazo se ha establecido en beneficio recíproco, de forma que solo sería válida la renuncia al plazo con la voluntad de ambas partes de la relación obligatoria o con una previa autorización legal⁷.

⁵ ÁLVAREZ SUÁREZ expone que “Consecuencia de este principio, basado en que la obligación como tal existe desde el primer momento, es que en la hipótesis (normal) de que el término haya sido puesto en beneficio del deudor, si éste paga antes de que el término se cumpla, queda liberado, y no puede reclamar la devolución de lo que pagó alegando pago de lo indebido, pues pagó lo que debía: Paulo, Dig., 12, 6, 10; Pomponio, Dig., 12, 6, 16, 1; Celso, Dig., 46, 3, 70. No sucede lo mismo en el caso de un término puesto en beneficio del acreedor, p. ej. Valente, Dig., 33, 1, 15, fideicomiso en que se determina que los bienes no serán entregados al heredero hasta dentro de un cierto plazo, para dar tiempo a que se halle en condiciones para gobernar el patrimonio familiar. Por lo general, según expresamos, el término se estima puesto en interés del deudor, no del acreedor: ‘pro reo esse, non pro stipulatore’, Ulpiano Dig., 45, 1, 41, pr.”. U. ÁLVAREZ SUÁREZ, *El negocio jurídico en derecho romano*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954, p. 35.

⁶ L. CLARO SOLAR, *Derecho Civil Chileno y comparado, Tomo XII, Libro III Obligaciones*, Imprenta Nacimiento, Santiago, 1979, pp. 149-154; J.A. BONIVENTO JIMÉNEZ, *Obligaciones*, Legis, Bogotá, 2017, pp. 87-88; H.D. VELÁSQUEZ GÓMEZ, *Estudio sobre las obligaciones*, Temis, Bogotá, 2010, p. 136. El plazo suele ser considerado basado en la confianza que el acreedor tiene de que, al vencimiento del término, el deudor ejecutará oportunamente la obligación. Como regla, el deudor puede pagar antes del vencimiento, si éste —el plazo— ha sido considerado en su beneficio exclusivo. Sin embargo, no se podrá pagar anticipadamente, si el término beneficia a ambos contratantes, o exclusivamente al acreedor. En Francia, R.J. POTHIER, *Traite des Obligations*, t. 1, Paris, Chez Debure, Pere (Orleans, Veuve Rouzeau-Montaut), 1761, p. 243-249 (artículo III, § I a IV). En el Derecho italiano, E. VALSECCI, «Sulla illecitá del ritardo nell’inadempimento», *Rivista di Diritto Commerciale*, LXI. P. 1, 1963, pp. 243-268. Ver también: J. BARAONA GONZÁLEZ, «La exigibilidad de las obligaciones: noción y principales presupuestos (con especial énfasis en las cláusulas de aceleración)», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 24, no. 3, 1997, pp. 503-523.

En derecho alemán, se hace la distinción, según reconoce que el plazo puede constituirse a favor del deudor, del acreedor o de ambos. Igualmente, distinguen entre exigibilidad del crédito y exigibilidad de la prestación, pues el parágrafo 271 BGB establece que la exigibilidad producida para las obligaciones sin término o con término indeterminado, sólo faculta al deudor a pagar y confieren derecho al acreedor para exigir. En este último tipo de obligaciones es la constitución en mora, el momento de actualización del deber de prestación. D. MEDICUS, *Tratado de las relaciones obligacionales*, v. 1 (edición española a cargo de A. Martínez Sarnón), Bosch, Barcelona, 1995, pp. 85 y 184-185. Sobre el derecho alemán, LOOSCHELDERS destaca que, según el artículo § 271, si se fija un plazo el acreedor no puede exigir el cumplimiento antes de ese plazo (teniendo en cuenta interés de protección del deudor). Por el contrario, el deudor puede efectuar antes la prestación, en ausencia de interés de protección del acreedor. Por lo demás, la buena fe (artículo § 242) puede impedir al acreedor rechazar una prestación anticipada. Ahora bien, el artículo § 272, en caso de cumplimiento anticipado de una deuda que no devengue intereses, al deudor no le está permitido deducir los intereses intermedios. D. LOOSCHELDERS, *Derecho de obligaciones. Parte general*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2021, pp. 190-192.

⁷ A. ALESSANDRI, M. SOMARRIVA, A. VODANOVIC, *Tratado de las obligaciones. Volumen de las Obligaciones en general y sus diversas clases*, A. Vodanovic (ed.) Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, pp. 335-337; R. ABELIUK MANASEVICH, *Las obligaciones*, t. I, 6ª ed., Thomson Reuters, Santiago, 2014, pp. 565-566.

La doctrina española recoge reconoce que el plazo puede establecerse en beneficio del deudor, del acreedor o de ambos. En el caso del mutuo con intereses el plazo se ha establecido en beneficio recíproco. V. MONTÉS PENADÉS, «De las obligaciones a plazo», en *Comentarios al Código Civil y a las compilaciones forales, Tomo XV*, vol. 2, Madrid, 1981; L. DIÉZ-PICAZO, «El pago anticipado», *RDM*, 73, 1959, 37-117. Ver también: C. CÁRDENAS QUIRÓS, «La reforma del derecho de obligaciones en el código civil de 1984», *Vniversitas*, no. 105, 2003, pp. 183-209.

Al respecto, en la doctrina argentina PIZARRO Y VALLESPINOS sostienen que cuando se realiza un pago anticipado por acuerdo de las partes, como sería obligatorio en el caso del mutuo con intereses, “(.) en realidad no se efectúa un pago anticipado stricto sensu, sino que se cumple lo adeudado en el momento debido, que ha cambiado, por cierto, con motivo del acuerdo de voluntades”. En estos eventos, para el autor, no hay anticipación alguna, pues el acuerdo voluntades modificó el plazo inicialmente pactado. R. D. PIZARRO; C.G. VALLESPINOS, *Tratado de las obligaciones, Tomo II*, 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa fe, 2017, pp. 187-188.

En este punto es destacable el artículo 1105 (2) de la Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos de 2023 según el cual “el plazo se presumirá establecido en beneficio del deudor, a no ser que del título de la obligación o de las circunstancias del caso resulte otra cosa”. No obstante, la Propuesta no aborda directamente una norma sobre el deber del acreedor de aceptar el pago anticipado cuando el plazo esté establecido en beneficio del deudor, a pesar de

10. Cabe sostener que el artículo 2229 ya citado parte del supuesto, que las partes se encuentran en un plano de igualdad y de esa manera, el pago anticipado produce un perjuicio al acreedor, consistente en privarlo de los intereses generados durante el mismo. Se ha sostenido en la doctrina que, en efecto, el artículo 2229 del Código Civil es una aplicación de lo previsto en el artículo 1554, toda vez que esta norma asume que es una atribución del acreedor la causación y recibo de los intereses pactados⁸. De todas formas, conviene precisar que la situación prevista en el artículo 2229, es decir: un contrato de mutuo con intereses beneficia a las dos partes: al mutuante, porque percibe intereses y al mutuario, porque no le pueden exigir el pago antes del vencimiento del plazo, conforme lo establece el artículo 1553 del Código Civil⁹.

11. Parece entonces derivarse de las normas citadas, los artículos 1554 y 2229 del Código Civil, que siempre que se haya pagado intereses en un contrato de mutuo, el pago anticipado priva de un beneficio al acreedor, consistente en la percepción de tales intereses. Resulta conveniente preguntarse si esta situación se dará siempre en todos los casos en que se hubieren pactado intereses o si, por el contrario, a pesar de ello debiera analizarse en cada caso en particular.

12. Debe anotarse que el Código de Comercio no contiene disposición particular en el libro IV de obligaciones y contratos mercantiles en relación con permitir o prohibir el pago anticipado de las obligaciones derivadas de un contrato de mutuo. Ante esto, resulta aplicable el artículo 2229 del Código Civil, por la remisión que a las normas de este código sobre de obligaciones y contratos hace el artículo 822 del Código de Comercio¹⁰. En el régimen de títulos - valores, el artículo 694 establece que el tenedor de una letra de cambio -aplicable a los demás títulos - valores¹¹- no puede ser obligado a recibir el pago antes del vencimiento de esta, lo que viene a ser una aplicación de la regla ya mencionada¹².

13. En materia societaria se encuentra una excepción consistente en que por el hecho de la disolución del ente societario se podrán pagar sin intereses distintos a los pactados expresamente y para efectos de la liquidación total de las obligaciones sometidas a plazo contra la sociedad, inclusive aquellas cuyo plazo se haya pactado a favor de los acreedores (artículo 244 del Código de Comercio)¹³.

que el artículo 1138 de la misma Propuesta indica que “Lo que anticipadamente se hubiese pagado en las obligaciones a plazo, no constituye pago indebido. Si el pago se hubiese anticipado por un error cognoscible para la otra parte, el que pagó tendrá derecho a reclamar del acreedor el interés legal del dinero o los frutos que el acreedor hubiese percibido de la cosa, desde el momento del pago hasta el del vencimiento del plazo”.

⁸ J. CUBIDES CAMACHO, *Obligaciones*, 8ª ed., Pontificia Universidad Javeriana, Ibáñez, Bogotá, 2017, p. 98. Refiriéndose al caso del mutuo con intereses, aunque sin mención al artículo 2229: G. OSPINA FERNÁNDEZ, *Régimen general de las obligaciones*, 9ª ed., Temis, Bogotá, 2022, p. 222.

⁹ Cfr. J.A. BONIVENTO JIMÉNEZ, *op. cit.*, p. 88. J.A. BONIVENTO FERNÁNDEZ, *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*, 21ª ed., Librería Ediciones del Profesional, Bogotá, 2020, p. 686. R. EMILIANI ROMÁN, *Curso razonado de las obligaciones*, t. II, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, 2001, p. 794. F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, I, *Concepto, estructura, vicisitudes*, 3ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 605. H.D. VELÁSQUEZ GÓMEZ, *op. cit.*, p. 138.

En este sentido se pronuncian varios autores en la doctrina chilena al comentar los artículos 1497 y 2204 del Código Civil de Chile, equivalentes al 1554 y 2229 del Código Civil colombiano y agregando que en este caso corresponde acordar a las dos partes la renuncia al plazo. Cfr. L. CLARO SOLAR, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, t. 10, de las *Obligaciones*, 1, Imprenta Nascimento, Santiago, 1936, pp. 276-277. Entre los autores contemporáneos: R. PAZOS RAMOS, *De las obligaciones*, 3ª ed., Legal Publishing, Santiago, 2008, pp. 225-226; R. ABELIUK MANASEVICH, *op. cit.*, p. 591.

En ambos puede verse la referencia a la excepción a esta norma, posibilidad regulada por el artículo 10 de la Ley 18.010, modificado por la Ley 19.528 de 1997, Cfr. R. PAZOS RAMOS, *op. cit.*, p. 226 y R. ABELIUK MANASEVICH, *op. cit.*, pp. 591-592. Véase también G. RUZ LÁRTIGA, *Explicaciones de Derecho Civil, Obligaciones*, t. II, Abeledo Perrot—Legal Publishing, Santiago, 2011, p. 172; E. COURT; V. WEGNER, *Derecho de las obligaciones*, Legal Publishing, Thomson Reuters, Santiago, 2013, pp. 234-235. Como bien indica Díez-Picazo, en el evento en que el plazo beneficie a ambas partes, se produce la limitación a la facultad de liberarse de la deuda, como también la de exigir o reclamar su cumplimiento. Cfr. L. Díez-Picazo, *op. cit.*, p. 374.

¹⁰ En este sentido: J.A. ARRUBLA PAUCAR, *Contratos mercantiles. Contratos típicos*, 14ª ed., Pontificia Universidad Javeriana, Legis, Bogotá, 2015, p. 489.

¹¹ Las reglas de la letra de cambio son aplicables a los demás títulos - valores, en cuanto no pugnen con la normatividad propia de estos, en virtud de lo dispuesto en los artículos 711, 766 y 779, entre otros.

¹² Á. MENDOZA RAMÍREZ, *Obligaciones*, Universidad de la Sabana—Temis, Bogotá, 2020, p. 606.

¹³ F. REYES VILLAMIZAR, *Derecho Societario*, t. II, 4ª ed., Temis, Bogotá, 2023, p. 613; Concepto 220-11989, 21 de febrero de 2003, Superintendencia de Sociedades, Colombia.

14. Ahora bien, en este punto es preciso destacar que el ordenamiento colombiano ha defendido la funcionalidad del principio general de buena fe como norma modeladora del contenido contractual¹⁴. La buena fe se ha considerado como el fundamento de un conjunto de “deberes de comportamiento a las partes”, más o menos determinables, impuestos por los cánones de lealtad y ética a la hora de ser ejercitados los derechos subjetivos, a partir de los cuales se estudia de forma “menos rígida” la autonomía de la voluntad para dar mayor relevancia a la lealtad, la solidaridad y la justicia contractual¹⁵. Normativamente, esta función integradora de los contratos atribuida a la buena fe se sustenta en los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio¹⁶. En general, se acepta que en todo contrato son exigibles deberes implícitos derivados de la buena fe, en los que se promueve que las partes adopten una actitud favorable a los intereses colectivos del contrato, independientemente de lo distantes que puedan estar sus intereses particulares¹⁷.

15. En este contexto, en Colombia se ha reconocido la exigencia de una activa cooperación del acreedor en el cumplimiento¹⁸, de forma que el acreedor está llamado a participar o actuar razonablemente en aquellas situaciones en las cuales la ejecución de las obligaciones lo requiere, pues el deudor no puede –o le es considerablemente más difícil– cumplir sin la aludida cooperación¹⁹. En estos eventos,

¹⁴ A. SOLARTE RODRÍGUEZ, «La buena fe y los deberes secundarios de conducta», *Vniversitas*, 108, 2004, pp. 282-284.

¹⁵ Para BERNAL FANDIÑO, la solidaridad como valor constitucional es también aplicable en el escenario contractual, bajo el entendido que el contrato ha de transcurrir en una dinámica de cooperación para la satisfacción del interés de los co-contratantes. En este sentido, el contrato es una relación de cooperación, solidaria y respetuosa en la que los sujetos allí involucrados deben obrar conjuntamente para la satisfacción de los intereses. M. BERNAL FANDIÑO, *El deber de coherencia en el derecho colombiano de los contratos*, Pontificia Universidad Javeriana, 2013, pp. 60-61. En similar sentido, F. PICO ZÚÑIGA, «El deber de coherencia y cooperación en el ejercicio de la condición simplemente potestativa, suspensiva y pendiente», *Vniversitas*, vol. 127, 2013, pp. 9-11; J. F. CHAMIE, «Equilibrio contractual y cooperación entre las partes: El deber de revisión del contrato», *Revista de Derecho Privado*, 14, 2008, pp. 113-138.

¹⁶ La redacción de los artículos de los Códigos de derecho privado en Colombia es similar a la empleada en normas de otros ordenamientos jurídicos (Cfr. artículos 157 y 242 BGB; 1546 Código Civil Chileno; 9, 729, 961 del Código Civil y de Comercio de la Nación (Argentina); 1104 Código Civil Francés)

¹⁷ R. ZIMMERMANN; S. WHITTAKER, «Good faith in European contract law: surveying the legal landscape», en *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, pp. 37-38.

Una posición similar, asume la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA en el marco de un proceso en el cual el demandante alegó el cambio de las condiciones económicas de un contrato de préstamo hipotecario en UPAC debido a circunstancias imprevistas que afectaron al deudor. El demandante argumenta que la corrección monetaria resultó en un aumento inesperado del UPAC que benefició al acreedor y causó dificultades financieras, impactando negativamente su vida familiar hasta el punto de llevarlo al divorcio. El banco alega que el deudor aceptó las condiciones del UPAC al firmar el contrato y que las obligaciones no eran excesivamente onerosas. En la primera instancia, el juez rechazó las pretensiones del demandante. En segunda instancia, el Tribunal consideró que la teoría de la imprevisión podría aplicarse a contratos unilaterales como el mutuo hipotecario, ya que buscaba ajustar las condiciones a las circunstancias normales. Sin embargo, determinó que la pérdida del poder adquisitivo de la moneda debido a la actualización diaria del UPAC no hizo que el contrato fuera excesivamente oneroso, ya que el deudor pudo cumplir con sus pagos durante la crisis del UPAC. Por el contrario, la mora solo ocurrió después de que los créditos se reestructuraron en UVR en 2004. Al respecto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA indica que el contrato es por excelencia un mecanismo de cooperación o colaboración intersubjetiva, que está “(...) permeado por la buena fe, la equidad y la justicia contractual, sujeto a ineludibles dictados éticos, políticos y jurídicos imperantes en la época, lugar y medio de su celebración, ejecución y terminación, cumple una función práctica o económica social, procura la satisfacción de intereses, necesidades o designios en la vida de relación, y por supuesto, se celebra para su cumplimiento”. En el caso concreto, La Corte, no desconoce el impacto descomunal de la crisis presentada en 1998, al variar los factores para liquidar los UPAC a largo plazo y destinados a la adquisición de vivienda que incrementaron excesivamente las deudas tornándolas impagables. Pero tampoco puede olvidar los correctivos legales adoptados por la Ley 546 de 1999, que ordenó desafectar la UPAC del DTF y que en el caso concreto la parte demandante cumplió la prestación durante la época crítica, lo cual, de suyo descarta la revisión por imprevisión bajo el artículo 868 del Código de Comercio. Cfr. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL, Sentencia de 21 de febrero de 2012, exp. 2006-00537, M.P. William Namén Vargas, 2012.

Adicionalmente, se puede consultar el siguiente laudo que alude al contrato como mecanismo de cooperación o colaboración: TRIBUNAL ARBITRAL, Laudo de 8 de junio de 2016, Grantierra Energy Colombia Ltda. y Petrolífera Petroleum (Colombia) Limited vs. Agencia Nacional de Hidrocarburos, Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Bogotá (CAC-CCB), 2016.

¹⁸ De manera similar, en el ordenamiento chileno: L. SAN MARTÍN NEIRA, «Sobre la naturaleza jurídica de la ‘cooperación’ del acreedor al cumplimiento de la obligación», *Revista de Derecho Privado*, 21, 2011, pp. 273-325.

¹⁹ HINESTROSA plantea que, no obstante, existen obligaciones en las cuales el deudor puede ejecutar sin necesidad de coope-

la “colaboración del acreedor” se entiende como la exigencia de un comportamiento o actuación –acción u omisión– del acreedor que contribuya, apoye, ayude o facilite el cumplimiento del deudor²⁰.

16. La cooperación, entonces, hace referencia a la actuación del acreedor de forma favorable a los intereses o propósitos del deudor. Esta perspectiva, puede implicar que el acreedor deba ejecutar actuaciones no previstas expresamente en el contrato; modificar el propio comportamiento; tolerar que la otra parte modifique la prestación; dar aviso de ciertos acontecimientos y, especialmente, abstenerse de todo acto u omisión que pueda tener por consecuencia privar a la otra parte de beneficios o ventajas propias del contrato o que agrave injustificadamente el resultado²¹.

17. Se trata, entonces, de una exigencia a la parte favorecida de la relación obligatoria para que contribuya –mediante una acción u omisión– a alcanzar el resultado que se persigue con esta. En otras palabras, no se considera justo que el acreedor “haga más difícil o costoso el cumplimiento” del deudor, por lo que el acreedor está llamado a facilitar y ayudar para que el deudor ejecute la prestación y se libere de la deuda, así como, a no agravar el empeño del deudor en la realización de la obligación. Por lo que, como elemento determinante, el deudor debe encontrarse en disposición para el cumplimiento o haber desarrollado actos encaminados a hacer posible el cumplimiento de la obligación.

18. Por el contrario, el acreedor también está llamado a participar activamente para permitir y facilitar que el deudor pueda *liberarse* de la obligación o sus efectos, con el fin de prevenir o evitar lesiones o agravaciones a la situación del deudor²². En este sentido, el derecho de obligaciones y contratos está llamado a proteger los intereses de ambas partes en la relación obligatoria. En la obligación, el interés del deudor es, entre otros, la liberación de la deuda; mientras el interés del acreedor está representado, principalmente en obtener la prestación pactada. En una buena parte de los casos, ambos intereses se satisfacen simultáneamente con el cumplimiento, pues el acreedor recibe la ventaja patrimonial prevista y el deudor se *libere* de la prestación. Sin embargo, dentro de la realidad contractual pueden presentarse eventos en los que es necesaria la cooperación del acreedor para que el deudor se *descargue* de los efectos de la obligación.

19. En Colombia, la doctrina denomina *deberes colaterales de conducta*, al conjunto de comportamientos esperados, inspirados en la buena fe, que obligan a las partes a actuar más allá de la prestación misma²³. Estos *deberes* son usualmente clasificados en deberes de finalidad negativa –aquellos

ración alguna del acreedor. El ejemplo que plantea es el de las obligaciones de no hacer, “comoquiera que consisten en la mera abstención, a la que es extraña cualquiera (sic) participación del acreedor”. Además, sostiene como obligaciones que se pueden cumplir sin el concurso del acreedor las consistentes en poner algo a disposición del acreedor (p.e., dar acceso a un lugar). Sin embargo, se difiere de este planteamiento, no porque no pueda existir una obligación en la que no sea necesaria la cooperación del acreedor, sino porque en los ejemplos planteados el acreedor debe concurrir o, cuando menos, suministrar información relevante, impartiendo directrices o instrucciones necesarias, lo que, de hecho, son manifestaciones de cooperación. F. HINESTROSA, *op. cit.*, pp. 566-568.

²⁰ J. F. CHAMIE, *op. cit.*, pp. 113-138.

²¹ G. ORDOQUI CASTILLA, *Buena fe contractual*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana-Ibáñez, 2012, pp. 385 y ss; F. PICO ZÚÑIGA, *op. cit.*, pp. 127-308.

²² FURMSTON y CARTER destacan que algunos pronunciamientos en la Commonwealth han expresado un término implícito (“*implied term*”) en los contratos a largo plazo que exige a las partes tratar entre ellas (“*deal with each other*”) y cooperar, de forma justa y de buena fe, en la solución de inconvenientes para alcanzar el propósito común del contrato. M. P. FURMSTON, J. W. CARTER, «Good faith in contract law: A commonwealth survey», en International Institute for the Unification of Private Law (ed.) *Eppur si muove. The age of uniform law. Essays in honour of Michael Joachim Bonell to celebrate his 70th birthday*, Unidroit, Roma, 2016, pp. 1028–1029.

²³ SOLARTE RODRÍGUEZ explica que en “el derecho contemporáneo existe la tendencia a examinar la relación existente entre las partes no de una manera aislada —o en sentido estricto—, sino que se la considera como un conjunto —en sentido amplio—, esto es, como el resultado de una multiplicidad de pretensiones, obligaciones, o, dicho de otro modo, de “relaciones obligacionales en sentido estricto y, en general, de relaciones activas y pasivas de diversa entidad y contenido”. A. SOLARTE RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 281-304.

BERNAL FANDIÑO sostiene que el principio general de la buena fe cumple una función integradora, al entender incluidos dentro del contenido contractual ciertos *deberes* llamados colaterales o secundarios de conducta, entre los cuales se encuentran

que exigen un comportamiento de protección del interés ajeno, cuyo objetivo es impedir que se produzcan lesiones– y deberes de finalidad positiva –aquellos destinados a complementar a los deberes de prestación con el fin de que su cumplimiento se realice adecuadamente²⁴. La cooperación –que según GAMBOA MAHECHA se encuadra en esta última clasificación– es definida como el deber “(...) de tomar las medidas que estén a su alcance para facilitar el cumplimiento de los compromisos contractuales de su co-contratante” y permitir a la otra parte disfrutar los beneficios económicos del acuerdo²⁵.

20. Así, el deber de cooperación del acreedor en los contratos permite asumir que éste se encuentra llamado a recibir el pago y, por ende, el deudor podría renunciar libremente al plazo, cuando no hacerlo implique al deudor asumir consecuencias negativas personales o que afecten la obligación²⁶. Para ello, debe tenerse en cuenta la postura que en la doctrina ha sido sostenida por VARÓN PALOMINO, según la cual el pago anticipado de la obligación dineraria (o prepago como la llama el autor), puede o no serle conveniente económicamente al acreedor, según la situación del mercado.

21. En este sentido propone el siguiente caso: si al momento del pago anticipado la tasa de interés del mercado es superior a la tasa pactada en el contrato, el acreedor podría colocar de nuevo los recursos recibidos en condiciones financieras más favorables, por lo que se infiere que le convendría recibir el pago anticipado y ello no le generaría un perjuicio. Por el contrario, si la tasa de interés de mercado

los deberes de información, lealtad, confidencialidad, consejo, protección y coherencia, entre otros. M. BERNAL FANDIÑO, «La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil derivada de la inobservancia de los deberes colaterales de conducta», *Vniversitas*, 126, 2013, pp. 54-55, en http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-90602013000100003; M. BERNAL FANDIÑO, «La contratación proactiva dentro de las nuevas visiones del contrato», *Vniversitas*, núm. 130, 2015, pp. 21-52, en <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj130.cpdn>, pp. 29-30.

En la doctrina española, ver: L. Díez-PICAZO, *La doctrina de los actos propios. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Civitas – Thomson Reuters, Madrid, 2014, pp. 141-142; G. ESTEBAN DE LA ROSA, «El principio de cooperación en la contratación», en S. Sánchez Lorenzo (ed.) *Derecho contractual comparado: Una perspectiva europea y transnacional*, Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2013, pp. 999-1036; J. A. CASTILLO PARRILLA, «El deber de colaboración o cooperación en el contrato de creación de página web ¿Obligación del cliente o deber común?», en J.R. Robles Reyes (ed.) *Aportaciones de juristas noveles a la ciencia jurídica*, 1a. ed., Thomson Reuters - Universidad de Murcia, Navarra, 2015, pp. 53-65, 57-58; J. L. GIL Y GIL, *Principio de la buena fe y poderes del empresario*, CARL, Sevilla, 2003, p. 124.

²⁴ BETTI estudia estas exigencias bajo la denominación de “obligaciones complementarias” y las divide en: *i*) antecedentes a la celebración del contrato; *ii*) concomitantes con el desarrollo de la relación contractual; y *iii*) subsiguientes al cumplimiento de la prestación. E. BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, pp. 104-106.

²⁵ GAMBOA MAHECHA indica que “el deber de colaboración consiste en que las partes de un contrato deben cooperar con su contraparte contractual para lograr que las obligaciones principales que cada una de ellas adquirió sean cumplidas de la mejor forma posible. En ese sentido, con la colaboración de la otra, las partes pueden llegar a disfrutar los beneficios y finalidades económicas, cuya consecución motivó la suscripción del correspondiente contrato”. E. GAMBOA MAHECHA, «La carga de mitigar los daños en el régimen colombiano de la responsabilidad civil extracontractual», *Revista de Derecho Privado*, 51, 2014, p. 11-12, en <http://www.redalyc.org/pdf/3600/360033222017.pdf>.

Por su parte, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ reconoce que la buena fe, en el ordenamiento colombiano, “entraña un deber de cooperación y de solidaridad que deben acatar las partes, para proteger no solo sus propios intereses sino también los de aquellos que se benefician o perjudican con su actuar”. M. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, «Concepto y alcance del deber de mitigar el daño en el derecho internacional de los contratos», *Revista de Derecho Privado*, 25, 2008, pp. 109-142, en <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/535/508>.

También, SAN MARTÍN NEIRA, al estudiar el ordenamiento chileno, sostiene que el “deber general de cooperación”, como derivado de la buena fe, alcanza al acreedor y al deudor, de una forma amplia, así como, que no se refiere solo “al cumplimiento mismo, sino a toda la relación obligatoria”. L. SAN MARTÍN NEIRA, *op. cit.*, pp. 273–325.

²⁶ MIQUEL GONZÁLEZ destaca que la buena fe puede permitir una ligera transgresión del plazo, aunque sea esencial, si de ello no deriva perjuicio relevante para el acreedor. J.M. MIQUEL GONZÁLEZ, *Estudios de Derecho Civil*, v. I, Pontificia Universidad Javeriana – Ibáñez, Bogotá, 2014, p. 120. El alcance del deber de cooperación no ha sido definido, sino que ha de valorarse caso a caso, a partir de manifestaciones concretas. W. D. HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, *La colaboración del acreedor en el cumplimiento en el derecho colombiano de contratos: una perspectiva desde el derecho español y el moderno derecho de obligaciones y contratos*, Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, 2021, en <https://repositorio.uam.es/handle/10486/699821>, p. 126-128. En el mismo sentido, ZIMMERMANN y WHITTAKER sostienen que la buena fe objetiva –así como, los deberes que se derivan de esta– constituye un *standard* de conducta honesta, leal y considerada para las partes, cuyo alcance no puede establecerse de forma abstracta, sino que su contenido se define mediante la agrupación de su aplicación en los casos concretos. ZIMMERMANN, R. Y WHITTAKER, S., “Good faith in European contract law: surveying the legal landscape”, en R. Zimmermann, S. Whittaker (eds.) *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, pp. 7–63, 31.

ha disminuido, el pago anticipado le genera al acreedor una pérdida de la diferencia entre los intereses que estuvieren pendientes de causarse según el contrato y los intereses que puedan obtenerse al colocar los recursos a la tasa inferior vigente²⁷. Adicionalmente cabe señalar, como lo hace el autor, que, aunque esta norma pertenece al contrato de mutuo, resulta aplicable por analogía a otras obligaciones dinerarias, de manera que ni el deudor puede pagar anticipadamente ni el acreedor exigir antes del plazo²⁸.

22. Otra situación que debiera meditarse es la siguiente: si por una dificultad económica o insolvencia dada a conocer al acreedor, éste se negare a recibir un pago anticipado ofrecido por el deudor y, luego de ello, éste incurriere en incumplimiento, ¿no debiera haber alguna posibilidad para que el acreedor tenga el deber de recibir dicho pago anticipado?²⁹ Lo mismo, además, cuando también ante una situación de insolvencia del acreedor, este se negare a recibir el pago anticipado, solamente con la intención de no responder a sus acreedores, por lo que bien cabe pensar que el acreedor tiene en este evento la obligación de aceptar el pago anticipado.

23. Por otra parte, lo que puede inferirse, es que tal relación de igualdad no se da necesariamente en las operaciones financieras, sobre todo en aquellas donde quien acude a las entidades respectivas para obtener un préstamo, está una situación de asimetría económica, siendo necesario pensar si el no poder renunciar al plazo y pagar anticipadamente le genera un perjuicio económico que con tal pago anticipado quisiera evitar.

2. La renuncia al plazo en los créditos hipotecarios para adquisición de vivienda

24. La pregunta señalada en la introducción suele inquietar sobre todo a los deudores de préstamos bancarios, pues al tratarse de contratos de mutuo con intereses, el mutuuario no podría renunciar al plazo y pagar anticipadamente la obligación. Las reglas civiles comentadas en el punto anterior, sin ser derogadas han sido objeto de un cierto “temperamento”, tanto jurisprudencial, como doctrinal, según se verá³⁰. A fines de los años noventa el artículo 2229 del Código Civil, además del 694 del Código de Comercio, fueron objeto de demanda de inconstitucionalidad, asumiendo por parte del impugnante que tales disposiciones desconocen la protección integral que debe darse a la familia como núcleo esencial de la sociedad, el principio de la solidaridad y el derecho a obtener vivienda digna, pues implican que la población no pueda acceder efectivamente a los bienes y servicios básicos, al someterse al pago de cuantiosos intereses.

25. La Corte Constitucional, en sentencia C-252 de 1998, analizó el contexto de las normas acusadas, al señalar que entre los artículos 1553 y 1554 existe equilibrio entre acreedor y deudor, pues si bien el primero no puede exigir antes del plazo la obligación, el segundo tampoco puede pagarla anticipadamente cuando al hacerlo cause un perjuicio, y tras agregar que el artículo 2229 del Código Civil y el artículo 694 del Código de Comercio no aplican a los créditos para vivienda a largo plazo, al estar estos

²⁷ J.C. VARÓN PALOMINO, «De las obligaciones de dinero», en M. Castro de Cifuentes (coord.), *Derecho de las obligaciones*, t. 1, 2ª ed., Universidad de los Andes-Temis, Bogotá, 2015, p. 169.

²⁸ Cfr. J.C. VARÓN PALOMINO, *op. cit.*, p. 169.

²⁹ Así, por ejemplo, en la compraventa, los plazos -en la entrega de la mercancía o del pago del precio- puede acordarse en beneficio de una u otra parte, sin que pueda la otra oponerse al pago anticipado, si dicho ofrecimiento no le causa perjuicio o si se realiza para evitar o mitigar un perjuicio a la otra parte. El eventual rechazo por parte del comprador lo colocaría ante el supuesto de incumplimiento, con todas las consecuencias legales que ello llevaría consigo. *Vid.* M. P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, «Entrega anticipada y de cantidad inexacta en la Propuesta de Reglamento sobre la normatividad común de compraventa», en M. Cuenca Casas, L.A. Anguita Villanueva y J. O. Ortega Doménech (eds.) *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Joaquín José Rams Albesa*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 729-735.

³⁰ El término “temperamento”, ha sido utilizado para referirse a las tendencias jurisprudenciales y doctrinales (a las que se aludirá en los párrafos siguientes) que han introducido reglas a favor del deudor con el fin de permitirles bien la restitución total o el pago anticipado de cuotas pendientes del precio de bienes o servicios “de consumo”, como las califica el autor, sin compensación al acreedor. Cfr F. HINESTROSA, *op. cit.*, p. 605.

regulados en normas especiales que no impiden los pagos anticipados de las obligaciones ni establecen sanciones al deudor por efectuarlos, declaró la constitucionalidad de las mismas³¹.

26. Con posterioridad a esta sentencia, la Ley 546 de 1999 estableció en su artículo 17 numeral 8º que los créditos para vivienda) podrán prepagarse total o parcialmente en cualquier momento sin penalidad alguna y en caso de prepagos parciales, el deudor tendrá derecho a elegir si el monto abonado disminuye el valor de la cuota o el plazo de la obligación³².

3. La renuncia al plazo en otras operaciones de crédito

27. Como se vio en el punto anterior, la posibilidad de admitir el pago anticipado de la obligación se ha admitido en Colombia en primer lugar, para los contratos de crédito hipotecarios. Cabe indagar por tal posibilidad en otro tipo de operaciones de crédito. El artículo 1º de la Ley 1555 de 2012, introdujo el literal “g” al artículo 5º de la Ley 1328 de 2009 en el cual se consagraron los derechos de los consumidores financieros³³, estableciendo que estos pueden efectuar pagos anticipados de toda

³¹ Cabe destacar un punto de esta sentencia y es el referido a otras posibilidades que el ordenamiento jurídico permite al mutuario en eventos en que por una situación económica sobreviniente le resulte excesivamente oneroso cumplir con la prestación. La Corte consideró que, en esta situación, la parte afectada podría invocar la teoría de la imprevisión del artículo 868 del Código de Comercio ante los jueces competentes. Sentencia C-252, 26 mayo 1998, Corte Constitucional, M.P. Carmenza Isaza de Gómez.

³² Como consta en la exposición de motivos, la Ley 546 fue expedida teniendo entre otras consideraciones, el diseñar instrumentos de crédito de largo plazo con el objeto de facilitar el acceso al crédito hipotecario en condiciones de equidad que consideren la capacidad de pago de los deudores para hacer efectivo el derecho constitucional a la vivienda digna y garantizar la conservación del patrimonio de las familias representados en vivienda, además de “...otorgar a los establecimientos de crédito la necesaria flexibilidad en la estructuración de las operaciones activas y pasivas relacionadas con la concesión de créditos de largo plazo”. Ley 546/1999, de 23 de diciembre, por la cual se dictan normas en materia de vivienda, se señalan los objetivos y criterios generales a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular un sistema especializado para su financiación, se crean instrumentos de ahorro destinado a dicha financiación, se dictan medidas relacionadas con los impuestos y otros costos vinculados a la construcción y negociación de vivienda y se expiden otras disposiciones. Gaceta del Congreso, Cámara de Representantes, No. 371, del 12 de octubre de 1999, pp. 9-13.

En España, el reembolso anticipado en los préstamos hipotecarios ha sido regulada en la Ley 2/1994 de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios (modificada posteriormente varias veces), y en la Ley 2/2009 de 31 de marzo, que 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. VITERI ZUBIA sostiene que ante el reembolso anticipado no existe incumplimiento contractual, ni novación extintiva de la relación obligatoria, sino exclusivamente ante una modificación temporal del momento del cumplimiento, que se concede al deudor. I. VITERI ZUBIA, *op. cit.*, pp. 300-302.

³³ Cabe recordar que el concepto “consumidor financiero” está definido en el literal “d” del artículo 2º de la Ley 1328 en los siguientes términos: “Es todo cliente, usuario o cliente potencial de las entidades vigiladas”. A su vez, los conceptos “cliente”, “usuario” y “cliente potencial” también han sido objeto de definición legal en dicha disposición así: “a) Cliente: Es la persona natural o jurídica con quien las entidades vigiladas establecen relaciones de origen legal o contractual, para el suministro de productos o servicios, en desarrollo de su objeto social. b) Usuario: Es la persona natural o jurídica quien, sin ser cliente, utiliza los servicios de una entidad vigilada. c) Cliente Potencial: Es la persona natural o jurídica que se encuentra en la fase previa de tratativas preliminares con la entidad vigilada, respecto de los productos o servicios ofrecidos por esta”. Ley 1328/1999, de 23 de diciembre, por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones. Gaceta del Congreso 47.411 de 15 de julio de 2009.

La definición “consumidor financiero” fue objeto de demanda de inconstitucionalidad, pero la Corte Constitucional mediante sentencia C-909 de 2012 la declaró exequible. El cargo expuesto por los actores de la demanda consistió básicamente en asumir que tal definición resulta viola la libertad económica consagrada en el artículo 333 de la Constitución Política, al restringir tal libertad (en palabras de los actores) “(...) sin fundamento alguno, al calificar como consumidor aún a quienes no se encuentran en las condiciones de desigualdad o asimetría, que los harían sujetos de protección legal”, asumiendo por ende que debía declararse la exequibilidad condicionada de tal disposición, bajo el entendido de que “sólo será consumidor financiero todo cliente o usuario o potencial cliente que se encuentre en una condición de asimetría o desequilibrio frente a la entidad vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia”. La Corte asumió que tales componentes de desigualdad o asimetría no suponen una “(...) aplicación diferenciada frente al consumidor nato o al calificado, como para entender excluidos de la noción de consumidor, a actores de una u otra condición o característica, por eventuales supuestos de igualdad y/o correspondencia en la relación de consumo, sino el reconocimiento que ha dado el derecho constitucional de las hondas desigualdades o desequilibrios inmanentes al mercado y al consumo en las diversas actividades económicas, a partir de la mencionada relación productor/proveedor-consumidor o usuario”. Agregó además que “...así como la libertad económica plantea alcances, limi-

operación de crédito en moneda nacional, sin incurrir en ningún tipo de penalización, agregando que es obligación de las entidades crediticias brindar al usuario información transparente, precisa, confiable y oportuna en el momento previo al otorgamiento del crédito sobre la posibilidad de realizar pagos anticipados de su obligación, con derecho a favor del deudor de decidir si el pago parcial realizado se abonará a capital con disminución de plazo o a capital con disminución del valor de la cuota de la obligación³⁴.

28. De todas maneras, el mismo artículo introdujo una limitante a tal posibilidad, al establecer que “(...) este derecho del consumidor financiero no será aplicado a operaciones de crédito cuyo saldo supere los ochocientos ochenta (880) SMMLV”, permitiendo en todo caso que, en créditos superiores a este monto, se puedan pactar las condiciones del pago anticipado. Además, se agregó que esta disposición no aplica a los créditos hipotecarios.

29. Según el párrafo 1º del literal “g” añadido al artículo 5º de la Ley 1328 de 2009, dicha disposición aplica a los créditos otorgados a partir de la vigencia de esta, es decir del 9 de julio de 2012. La disposición fue impugnada mediante acción de inconstitucionalidad alegando que implica una discriminación y trato desigual al consagrar el beneficio de poder pagar anticipadamente la obligación sin incurrir en penalidades de ningún tipo, para quienes contrajeron créditos con anterioridad a esa fecha. La Corte decidió declarar exequible condicionalmente la norma entendiendo que los créditos a los cuales se refiere el literal “g” del artículo 5º de la Ley 1328 de 2009, tomados antes del 9 de julio de 2012, también se pueden pagar anticipadamente sin que el deudor que así procede incurra en penalización por haber procedido a tal pago anticipado. Al respecto, la Corte consideró que:

“Encuentra la Corporación que, en nada contribuye a varios de los objetivos propuestos por el principio democrático, la exclusión del beneficio de pago anticipado sin sanción para los usuarios de créditos contraídos antes del 9 de julio de 2012. Por el contrario, si se trataba de reducir la fidelización forzosa, resultaba más adecuado extender las bondades de la prescripción a los créditos excluidos. La ampliación de la cobertura a un mayor número de obligaciones implicaba un mayor número de usuarios liberados de la fidelización forzosa”. (...) “Por lo mismo, cabe decir que la privación del derecho al pago anticipado sin penalización, para los créditos adquiridos antes del 9 de julio de 2012, en nada sumaba a la búsqueda del bienestar y la calidad de vida de los asociados. Más bien, podría sostenerse que, a los obligados en ese tipo de créditos, se les quitaba una oportunidad de tomar mejores opciones y, consecuentemente también se le restaba sus posibilidades de lograr prosperidad. Se aprecia respecto de este fin que su realización no implicaba la excepción censurada. En lo que atañe a la búsqueda de formas de refinanciación, los argumentos se reiteran, pues, la medida en sí misma, se tornaba en un obstáculo para quienes estarían interesados en refinanciar sus créditos”³⁵.

taciones, obligaciones y controles de parte del Estado, en función del interés general, también a esta esfera de intervención se ubica el consumidor de bienes y servicios por sus vínculos cotidianos con las diversas actividades del mercado, requiriendo para ello protección constitucional y legal, ante las desigualdades surgidas de la relación en que participa”. Sentencia C-909, 7 noviembre 2012, Corte Constitucional, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

³⁴ Cabe resaltar, como lo ha conceptuado la Superintendencia Financiera, que el literal “g” agregado al artículo 5º de la Ley 1328 por la Ley 1555, aplica también a las cuotas o saldos en forma total o parcial con la consiguiente liquidación de intereses al día del pago. Esto, ante un interrogante que fue presentado a la entidad relativo a si “...es legal que una entidad financiera sostenga que su aplicativo no permite abonos inferiores a cinco veces el valor de la cuota al momento de solicitar un crédito”. La Superintendencia añadió que inciso 2º del artículo 5º de la Ley 1328, en concordancia con la letra c del artículo 7º de la misma, se establece como obligación de las entidades crediticias brindar al usuario información transparente, precisa, confiable y oportuna al momento previo al otorgamiento del crédito, sobre la posibilidad de realizar pagos anticipados de la obligación, de manera que si se hubiere desconocido este derecho del consumidor financiero, correspondería elevar una queja ante el defensor del consumidor financiero de la respectiva entidad o ante la misma Superintendencia. Concepto 2013019348-001, 24 de abril de 2013, Superintendencia Financiera, Colombia.

También se debe señalar que antes de la Ley 1555, la Superintendencia había conceptuado que, en los contratos de mutuo con interés, la entidad financiera podía negarse a recibir los pagos anticipados, salvo que se hubiere pagado lo contrario en el contrato respectivo. Concepto 2009065896-002, 20 de noviembre de 2009, Superintendencia Financiera, Colombia.

³⁵ Sentencia C-313, 7 noviembre 2012, Corte Constitucional, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Resulta de interés también citar ciertos apartados de dicha sentencia, donde la Corte consideró que el objetivo de promover la democratización del crédito se logra con dicha disposición, pues “La eliminación de la multa por el pago anticipado respecto de los créditos contempla-

30. La Corte también asumió que no se estaba ante una interpretación que hiciera aplicable retroactivamente dicha ley, pues en aquellas situaciones en que el deudor de un crédito adquirido con anterioridad a la entrada en vigencia de la misma, quisiera hacer un pago anticipado, no se trata de una situación consolidada que hubiere generado un derecho adquirido a favor de la entidad financiera a aplicar la sanción respectiva, sino una mera expectativa, de forma que no se encuentran razones para impedir que tales situaciones queden amparadas por el literal “g” añadido al artículo 5° de la Ley 1328.

31. En esta ley se encuentra también disposición aplicable a las cláusulas conforme a las cuales se prohíba que los consumidores financieros pagar anticipadamente sus obligaciones. En efecto, el literal “a” del artículo 11 de la Ley 1328 prohíbe incorporar cláusulas en los contratos de adhesión que “prevengan o impliquen limitación o renuncia al ejercicio de los derechos de los consumidores financieros”, la que califica como abusiva. En efecto, como se vio en el párrafo anterior, el artículo 5° de la Ley 1328 regula los derechos de los consumidores financieros, en los cuales está el poder pagar anticipadamente tales obligaciones en los términos mencionados. De esta manera, la cláusula resultaría violatoria de tal derecho y por ende está prohibida, con la sanción de ineficacia, al establecer que se tendrá por no escrita.

32. Debe tenerse en cuenta que, según la Superintendencia Financiera, los artículos 1554 y 2229 del Código Civil no pueden entenderse modificados o derogados a partir de las leyes mencionadas, toda vez que estas normas siguen teniendo plena vigencia y aplicación para todos los demás casos que no se encuentren regulados en las normas especiales, como la Ley 1555 de 2012³⁶.

33. Adicionalmente y en cuanto a operaciones de consumo, cabe destacar que el artículo 82 de la Ley 1480 de 2011, permite el pago anticipado de forma total o parcial sin que tenga cabida exigir al comprador intereses no causados ni sanciones económicas³⁷. De igual manera, el Decreto 1368 de 2014,

dos en el literal g) del artículo 5 de la Ley 1328 de 2009, logra romper para los beneficiarios de la medida un obstáculo en el acceso al crédito y, posibilita considerar otras opciones crediticias formales más favorables al usuario. La sanción por pago anticipado desaparece como factor que ata al deudor de manera forzada a una determinada entidad financiera”. Agregó: “La mejora de las relaciones entre usuarios del crédito y organizaciones del sector financiero, sin duda, también contribuye a promover la democratización del crédito. Entiende la Corte que, liberado del obstáculo, el deudor puede considerar otras oportunidades con tasas de interés más favorables. Otra consecuencia en la que se hace patente esta democratización se tiene en aquellas personas renuentes a contraer obligaciones con el sector financiero, para las cuales la posibilidad de pago anticipado sin la obligación de cancelar penalidad alguna puede suponer un nuevo atractivo para acceder al crédito. En lo que atañe a la refinanciación, estima la Corporación que se torna en una opción a considerar sin la talanquera de la sanción por pago anticipado”. La Superintendencia Financiera ha conceptuado que los consumidores financieros a los que se les haya cobrado penalidad, multa o sanción por el pago anticipado de las obligaciones crediticias, desconociendo el derecho reconocido por la Ley 1555 de 2012 y por la Corte Constitucional en Sentencia C- 313 de 2013, podrán solicitar la devolución de tales recursos a la institución financiera, conforme a lo señalado en la Carta Circular 84 de 4 de septiembre de 2013, Superintendencia Financiera, Colombia; Concepto 2014042397-004 del 16 de junio de 2014, Superintendencia Financiera, Colombia, disponible en: <http://biblio.superfinanciera.gov.co/superfin/indexjuris.html>.

³⁶ Concepto 2012106722-001 del 31 de enero de 2013, Superintendencia Financiera, disponible en: <http://biblio.superfinanciera.gov.co/superfin/indexjuris.html>. En el mismo sentido: Concepto 201256224-001 del 9 de agosto de 2012, Superintendencia Financiera, Colombia, disponible en: <https://www.superfinanciera.gov.co/SFCant/Normativa/PrincipalesPublicaciones/boletinej/boletin3912/credito.html>.

³⁷ Como antecedente de esta disposición se encuentra la disposición de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio, literal f) núm. 3.3, título II, que en virtud de la atribución conferida por el artículo 43 literal g) del Decreto Ley 3466 de 1982, anterior estatuto de protección al consumidor, según la cual le fue atribuido a la mencionada Superintendencia la facultad de establecer normas sobre plazos y condiciones en los contratos de adquisición de bienes y prestación de servicios mediante sistemas de financiación, estableció que el deudor podrá pagar anticipadamente el saldo pendiente de su crédito sin lugar a cláusulas penales o sanciones por pago anticipado, ni exigencia de pago de intereses durante el periodo restante. Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio, 19 de julio de 2001. Actualmente, la disposición de dicha circular que desarrolla este aspecto es el literal f) núm. 3.4, Resolución n° 19097 de 24 de junio de 2002.

SUAREZ ORTIZ destaca que estas mismas prerrogativas no son aplicables a los consumidores que tengan o adquieran productos crediticios con entidades del sector solidario. Aunque se han adelantado iniciativas legislativas y la Superintendencia de Economía Solidaria ha conceptuado que las instituciones sujetas a su vigilancia no podrán cobrar multas o sanciones por el pago anticipado de las obligaciones que realicen sus clientes, si bien excluyendo de dicha prerrogativa a los créditos hipotecarios. G. SUAREZ ORTIZ, «Una mirada a la protección del consumidor en las operaciones mediante sistemas de financiación en Colombia». *Revista de Derecho Privado*. 2020, núm.38, pp. 209-239; Concepto Unificado 20161100243331, 14 de diciembre de 2016, Superintendencia de Economía Solidaria, pp. 4-5.

por el cual se reglamentan las operaciones de financiación previstas en el artículo 45 de la Ley 1480, en su artículo 7º numeral 6º amplía el espectro material del mencionado artículo 82 que se limita exclusivamente a la compraventa, al establecer que tanto en operaciones de crédito otorgadas por personas naturales o jurídicas cuya vigilancia de su actividad no haya sido asignada a alguna autoridad administrativa en particular, como también en los contratos de adquisición de bienes o prestación de servicios en los que el productor o proveedor otorgue de forma directa financiación, el consumidor podrá pagar anticipadamente de forma total o parcial el saldo pendiente de su crédito sin que tengan cabida tampoco sanciones por su pago anticipado, ni exigirse el pago de intereses durante el período restante³⁸.

III. Un estudio desde los instrumentos internacionales de contratación

34. El estudio de las relaciones jurídicas de contenido patrimonial se justifica en la necesidad de establecer un marco regulatorio que permita tanto la satisfacción de intereses y necesidades particulares, como la obtención de fines colectivos. En este contexto, los instrumentos internacionales dan cabida a una concepción sinalagmática de la relación obligatoria³⁹, en el cual las partes de la relación obligatoria son consideradas como posiciones jurídicas complejas, cada una con deberes y facultades, que han de conjugarse para la satisfacción de los intereses comunes y particulares. Se considera, entonces, particularmente relevante que el derecho de obligaciones proteja también los intereses y expectativas del deudor que, en cierta forma, han sido tradicionalmente subordinados a los del acreedor. Esta *relectura* de la relación obligatoria genera consecuencias en la forma cómo se conciben los comportamientos esperados de las partes en aras de la protección de los intereses contractuales.

1. La cooperación en los instrumentos internacionales de contratación

35. La exigencia de cooperación de las partes –en general– y del acreedor –en especial– se ha fundamentado principalmente en la necesidad de comportarse de acuerdo con los parámetros de la buena fe. La *cooperación*, entonces, es un concepto intrínseco al derecho de obligaciones y contratos que permite la satisfacción de los intereses de las partes. Así entendida, la cooperación hace referencia a la

En España, el reembolso anticipado en los contratos de crédito al consumo ha sido regulados en la Ley 16/2011 de 24 de junio (modificada varias veces posteriormente), así como, en estudio de la Ley 28/1998 de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles. Las normas mencionadas permiten a los consumidores saldar sus obligaciones derivadas de un contrato de crédito de forma total o parcial en cualquier momento. Sin embargo, en este contexto, se otorga al prestamista el derecho de recibir una compensación por el reembolso anticipado. Esta compensación le permite mitigar las pérdidas que pueda sufrir debido al ejercicio de esta facultad por parte del deudor. No obstante, esta compensación no se refiere a la recuperación de intereses no percibidos, sino más bien a indemnizar al prestamista por el riesgo asociado a las tasas de interés. *Cfr.* I. VITERI ZUBIA, *op. cit.*, pp. 300-303.

³⁸ Con referencia a este decreto, VARÓN PALOMINO aclara que el concepto “operaciones de crédito” mencionadas en estas normas especiales, “...incluye los contratos de mutuo dinerario para consumo, contratos de apertura de crédito mediante el sistema de tarjetas de crédito emitidas por entidades no vigiladas por la Superintendencia Financiera, Colombia y cualquier otra modalidad contractual de otorgamiento de crédito de consumo, independientemente de la clase o tipo de contrato celebrado para el efecto”. VARÓN PALOMINO, *op. cit.*, p. 173-176.

³⁹ La doctrina ha considerado que existen cambios centrales en el proceso de modernización respecto del “derecho tradicional”: (i) el cambio de la relación obligatoria “unilateral o unidireccional” a un modelo bilateral y; (ii) el cambio en la comprensión del contrato como un conjunto de deberes de conducta, al contrato como garantía de satisfacción del interés del acreedor. Estos nuevos elementos del derecho de obligaciones dan como resultado un nuevo modelo de contrato, que parte de la idea de que el contrato es un instrumento destinado a satisfacer los intereses de las partes, esto es, que no es solamente un mecanismo para la creación de derechos y obligaciones, sino que permite también a los particulares organizar sus propios intereses y conseguir la satisfacción de estos. L. DÍEZ-PICAZO, «La propuesta de modernización del derecho de las obligaciones y contratos», *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2130, 2011, pp. 2-3; A. M. MORALES MORENO, Claves de la modernización del derecho de contratos, Ibáñez, Bogotá, 2016, pp. 33-35; F. PANTALEÓN PRIETO, «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *ADC*, vol. 46, IV, 1993, pp. 1719-1745; Á. VIDAL OLIVARES, «Cumplimiento e incumplimiento contractual en el Código Civil. Una perspectiva más realista», *Revista Chilena de Derecho Privado*, vol. 34, 1, 2007, pp. 41-59, en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372007000100004; C. PIZARRO WILSON, «Hacia un sistema de remedios al incumplimiento contractual», en A. Guzmán Brito (ed.) *Estudios de Derecho Civil, t. III*, Legal Publishing, Santiago de Chile, 2008, pp. 395-402.

necesidad de que las partes se involucren activamente en el contrato y, por tanto, han de comportarse teniendo en cuenta los intereses y expectativas legítimas de la otra parte, beneficiando el mantenimiento y la correcta ejecución del contrato⁴⁰.

36. Por su parte, los instrumentos del moderno derecho de los contratos han dado un “paso adelante” en el reconocimiento del deber de cooperación, al incluir en la mayoría de ellos disposiciones concretas que lo consagran. No obstante, el camino seguido por el moderno derecho no ha sido del todo uniforme, sino más bien progresivo⁴¹. De inicio, como principio subyacente a los instrumentos, justificando la incorporación de cambios en la estructura obligacional de los contratos o generando consecuencias para la parte que no ha cooperado en el cumplimiento⁴². Luego, incluyendo exigencias generales para que las partes –deudor y acreedor– colaboren con el fin de que la relación obligatoria y el contrato generen los efectos deseados y, finalmente, estableciendo disposiciones especiales para consagrar manifestaciones concretas de cooperación esperada en algunos tipos contractuales.

37. En todo caso, es válido afirmar que, los instrumentos que regulan la contratación internacional, uno de los elementos que inspira el contenido del contrato, es la colaboración o cooperación entre las partes. En primer lugar, los Principios Unidroit establecen, en el artículo 5.1.3 ubicado en la sección dedicada al contenido del contrato, que “cada una de las partes debe cooperar con la otra cuando dicha cooperación pueda ser razonablemente esperada para el cumplimiento de las obligaciones de esta última”. Para este instrumento, un contrato no es un simple punto de concordancia de los intereses y la voluntad de las partes, sino que también “*to a certain extent, be viewed as a common project in which each party must cooperate*”. Los Principios Unidroit declaran que la cooperación entre las partes está sustentada en la buena fe en la ejecución de los contratos (artículo 1.7 Principios Unidroit⁴³), aunque han centrado su rol en ser un elemento integrador del contrato⁴⁴.

⁴⁰ J. L. PULIDO BEGINES, «Contenido», en D. Morán Bovio (ed.) *Comentarios a los principios de Unidroit para los contratos del comercio internacional*, 2a ed., Tirant lo Blanch, Madrid, 2003, pp. 253-284; S. VOGENAUER, «Content and third party rights», en S. Vogenauer (ed.) *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, Oxford University, Oxford, 2015, pp. 617-648; STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE; RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, 2008, fecha de consulta: 6 de marzo de 2020, en http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf, pp. 712-714 (III.-1:104).

⁴¹ Sobre la cooperación del acreedor contractual desde la perspectiva de los instrumentos del moderno derecho: W. D. HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, *La colaboración del acreedor en el cumplimiento en el derecho colombiano de contratos: una perspectiva desde el derecho español y el moderno derecho de obligaciones y contratos*, op. cit., p. 77-118.

⁴² Así, por ejemplo, la cooperación de las partes ha sido reconocida como un principio subyacente a la CISG. Al respecto, el artículo 7(2) CISG, al abordar la cuestión de la integración normativa, hace un llamamiento expreso a “(...) los principios generales en los que se basa la presente Convención (...)”, aunque este instrumento no especificó o definió cuáles eran estos “principios generales”. A modo de respuesta, BONELL resalta que la exigencia según la cual cada una de las partes está obligada a cooperar con la otra para permitir el cumplimiento de las obligaciones contractuales, en la medida en que dicha cooperación sea necesaria, es un principio subyacente de la CISG. M. J. BONELL, «Article 7», en M. Bianca; M. J. Bonell (eds.) *Commentary on the International Sales Law*, Giuffrè, Milán, 1987, pp. 65-94. Igualmente, UNCITRAL afirma que la cooperación de las partes y la necesidad de intercambiar información relevante para el cumplimiento de sus respectivas obligaciones es una obligación general de los contratos derivada del principio de buena fe. UNCITRAL, *Digest of case law on the United Nations Convention on the International Sale of Goods*, 2016, pp. 43-44, en https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/cisg_digest_2016.pdf. En el mismo sentido, A. L. CALVO CARAVACA, «Capítulo II. Disposiciones generales. Artículo 7», en Luis Díez-Picazo y Ponce de León (ed. y coord.) *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 1998, pp. 102-113; A.H. KRITZER, *Commentary on the Convention on contracts for the international sale of goods*, Oxford University Press, Oxford, 2005, pp. 79-84; J. HONNOLD, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2009, p. 21; P. KONERU, «The International Interpretation of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: An Approach Based on General Principles», *Minnesota Journal of Global Trade*, 6, 1997, pp. 105-152, en <https://scholarship.law.umn.edu/cgi/view-content.cgi?article=1158&context=mjil>; C. ANDERSEN, «General principles of the CISG-Generally impenetrable?», en C.B. Andersen; U.G. Schroeter (eds.) *Sharing International Commercial Law across National Boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday*, Wildy, Simmonds & Hill Publishing, London, 2008, pp. 13-33.

⁴³ M. J. BONELL, «The Unidroit initiative for the progressive codification of international trade law», *The international and comparative law quarterly*, vol. 27, 1978, p. 428.

⁴⁴ INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW, «Article 5.1.3 (Co-operation between the parties)», *Principles*

38. Adicionalmente, los *Principles of European Contract Law* (en adelante PECL)⁴⁵ incorporan –en la sección 2 (*General Obligations*) del capítulo I (*General Provisions*)– los deberes generales a partir de los cuales se estructura el régimen general del contrato. En este sentido, consagran tanto el principio de buena fe y lealtad negocial (*good faith and fair dealing*, artículo 1:201 PECL) como el deber de cooperación (*duty to co-operate*, artículo 1:202 PECL), según el cual cada parte debe a la otra su colaboración para que el contrato surta plenos efectos⁴⁶.

39. Igualmente, el *Draft Common Frame of Reference* (en adelante DCFR)⁴⁷, en el capítulo relativo a las “*Obligations and corresponding rights*” establece que la buena fe y la lealtad es un estándar de comportamiento para las partes en el cumplimiento y ejecución de las obligaciones, en el ejercicio de los derechos, en la búsqueda o la defensa de un recurso por incumplimiento (III. 1:103 DCFR). Así mismo, incorpora el reconocimiento expreso de la cooperación como una obligación inherente al contrato, en la medida en que razonablemente pueda ser esperada para el cumplimiento del deudor (III.-1:104 DCFR). En este punto es pertinente destacar que el numeral III.-1:103 DCFR evidencia un paso adelante al consagrar una “*obligation to co-operate*” a diferencia del “*duty to cooperate*” establecido en los Principios Unidroit y los PECL.

40. De esta forma, los instrumentos internacionales reconocen que todo contrato incorpora un mandato general a las partes para que cooperen⁴⁸, el cual no se limita al solo abstenerse de interrumpir,

ios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales, 2016; B. FAUVARQUE-COSSON, «The new provisions on conditions in the Unidroit Principles 2010», *Uniform Law Review*, vol. 16, no. 3, 2011, en <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/droit2011&collection=journals&id=539&startid=&end=550>. Sobre la relación de la cooperación del acreedor contractual con el incumplimiento en los Principios Unidroit: H. SCHELHAAS, «Non-performance in general», en S. Vogenauer (ed.) *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, Oxford University, Oxford, 2015, pp. 829-833 (art. 7.1.2); L. MEYER, *Non-performance and Remedies Under International Contract Law Principles and Indian Contract Law: A Comparative Survey of the Unidroit Principles of International Commercial Contracts, the Principles of European Contract Law, and Indian Statutory Contract*, Peter Lang Ed., Hamburg, 2010, p. 59.

⁴⁵ La sigla está inspirada en el nombre en inglés. La versión oficial completa en inglés: COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW, *Principles of European Contract Law*, Parts I, II and III, Kluwer Law International, 2000. Las Partes I y II de los PECL han sido traducidas al español en: L. Díez-PICAZO, A.M. MORALES MORENO, E. ROCA TRÍAS, *Los principios del derecho europeo de contratos*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 10-30.

⁴⁶ La versión oficial del artículo 1:202 PECL expresamente indica: “Duty to co-operate. Each party owes to the other a duty to co-operate in order to give full effect to the contract”.

Es claro que la redacción de los PECL difiere de la empleada en los PICC pues, según Klimas, los PECL definen un nuevo estándar para determinar el alcance de la cooperación con el fin de dar pleno efecto al contrato. Deben destacarse dos elementos en esta disposición de los PECL: primero, se trata de una disposición general del derecho de contratos mientras que la norma de los PICC se ubica en el capítulo relativo al contenido del contrato. Segundo, la redacción de la norma en los PECL establece que la cooperación está orientada a dar plenos efectos al contrato, lo que le otorga un ámbito de aplicación más amplio en comparación con los PICC (artículo 5.1.3 PICC). E. KLIMAS, «A general duty to co-operate in construction contracts? An international review», *International Journal of Law in the Built Environment*, vol. 3, 1, 2011, pp. 83–96, en <http://www.emeraldinsight.com/doi/abs/10.1108/17561451111122624?journalCode=ijlbe>. Sobre la relación de la cooperación del acreedor contractual con el incumplimiento en los PECL: L. Díez-PICAZO, A.M. MORALES MORENO, E. ROCA TRÍAS, *Los principios del derecho europeo de contratos*, Civitas, Madrid, 2002, p. 155.

⁴⁷ La sigla está inspirada en el nombre en inglés. La versión oficial completa en inglés: STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE Y RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, 2008, en http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf. Una traducción al español en: C. JEREZ DELGADO, C. (Coord.), *Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015.

⁴⁸ A. M. MARTÍNEZ CAÑELLAS, «The influence of the Unidroit Principles on the Proposal of the reform of the Spanish Commercial Code», en E. Cashin Ritaine, E. Lein (eds.) *The Unidroit Principles 2004: Their impact on contractual practice, jurisprudence and codification. Reports of the ISDC Colloquium*, Schulthess, Zürich, 2007, p. 215.

La versión oficial del artículo expresamente indica: “Artículo 415-4 PCM. Deber de cooperación. Cada parte debe cooperar con la otra cuando dicha cooperación pueda ser razonablemente esperada para el cumplimiento de sus obligaciones”. DE ELIZALDE comenta que la Comisión General de Codificación, Sección Segunda, optó por regular únicamente aquellos aspectos de la teoría general de las obligaciones que consideró de mayor relevancia, por lo que el capítulo V consta solamente de cuatro artículos, ocupándose solamente de asuntos como la presunción de solidaridad en las obligaciones mercantiles (artículo 415-1 PCM), la dicotomía obligaciones de medios y de resultado (artículo 415-2 PCM) de la determinación del precio (artículo 415-3 PCM), y de la exigencia de un deber de cooperación en el cumplimiento de las obligaciones cuando pudiera ser razonablemente

obstaculizar o impedir la ejecución del contrato, sino que, al igual que con la buena fe, se trata de una exigencia activa de comportamiento en las partes. Así, la cooperación puede referirse a la divulgación a la otra parte de determinados hechos que tiene interés en conocer para ejecutar el contrato (p. ej., la obligación de informar a la otra parte de los eventos que puedan comprometer el correcto cumplimiento del contrato⁴⁹) o el facilitar la ejecución del contrato por la otra parte (p. ej., en un contrato de publicación, el autor debe corregir las pruebas y devolverlas)⁵⁰.

41. Sin embargo, no se trata de una exigencia absoluta, sino que los mismos instrumentos limitan su aplicación a aquellas situaciones en las que “(...) dicha cooperación pueda ser razonablemente esperada (...)”. PULIDO BEGINES justifica la razonabilidad como límite de la cooperación, en la existencia de un interés particular que no puede verse mermado en aras del interés general del contrato⁵¹. De esta forma, si bien la cooperación es una exigencia de la naturaleza del contrato, su alcance no debe llegar a alterar la distribución de deberes de las partes para el cumplimiento del contrato, garantizándose así un equilibrio entre el “interés común” y los respectivos “intereses particulares” de los contratantes⁵².

42. Al respecto, WICKER sostiene que el alcance de la obligación de cooperación depende de la naturaleza y del objeto del contrato. En cuanto a la naturaleza explica, a modo de ejemplo, que los contratos de servicios o de mandato requieren una mayor cantidad de cooperación entre las partes, en comparación con contratos. Así mismo, indica que el objeto del contrato o su relevancia práctica para las partes también puede influir en la necesidad de una mayor –o menor– cooperación de las partes⁵³.

43. Lo anterior es concordante con la visión del contrato como un “proyecto común” en el que cada parte debe cooperar con la otra y no como un simple punto de encuentro entre intereses en conflicto. Así, el deber de cooperación es aplicable a todos los contratos, aunque se considera especialmente relevante en los contratos de larga duración⁵⁴. En este tipo de pactos la satisfacción de los intereses de los contratantes exige la mutua colaboración para superar las dificultades que puedan surgir durante la vida del contrato⁵⁵.

2. La renuncia al plazo en los instrumentos internacionales de contratación

44. En el contexto de los instrumentos internacionales de contratos y la especial cooperación de las partes en el cumplimiento, tiene una vinculación con las normas relativas al pago anticipado. Si bien, los instrumentos no incluyen una exigencia general e ilimitada para que el deudor pueda cumplir anticipadamente la obligación –pues una disposición de este estilo no respondería a las necesidades de las rela-

esperada (artículo 415–4 PCM). DE ELIZALDE, F., “Las obligaciones de medios y de resultado en la Propuesta de Código Mercantil”, *InDret*, 3, 2014, pt. 1–40, fecha de consulta: 30 de enero de 2020, en http://www.indret.com/pdf/1070_es.pdf.

⁴⁹ En particular, el artículo 7.1.7 (3) Principios Unidroit se refiere a que la parte que no haya cumplido sus obligaciones deberá comunicar a la otra parte el impedimento y su efecto sobre su capacidad para llevar a cabo. Si la notificación no es recibida por la otra parte en un plazo razonable después de que la parte que no haya cumplido tuviera o debiera haber tenido conocimiento del impedimento, es responsable de los daños causados por la falta de cumplimiento.

⁵⁰ E. M. WEITZENBÖCK, «Good faith and fair dealing in contracts formed and performed by electronic agents», *Artificial Intelligence and Law*, 12, 2004, pp. 83–110.

⁵¹ Cfr. J. L. PULIDO BEGINES, «Contenido», en D. Morán Bovio (ed.) *Comentarios a los principios de Unidroit para los contratos del comercio internacional*, 2a ed., Tirant lo Blanch, Madrid, 2003, pp. 253-260.

⁵² M. P. FURMSTON, J. W. CARTER, *op. cit.*, pp. 1019-1020.

⁵³ G. WICKER, «Guiding principles of european contract law», en B. Fauvarque-Cosson, D. Mazeaud (eds.) *European Contract Law Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française y Société de Législation Comparée (Prod.), Sellier European Law Publishers, Munich, 2008, pp. 421-575

⁵⁴ INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW, *Unidroit Principles of International Commercial Contracts* 2016, 2016, pp. 154-155.

⁵⁵ S. VOGENAUER, «Content and third-party rights», en S. Vogenauer (ed.) *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, Oxford University, Oxford, 2015, pp. 540-610.

ciones contractuales modernas— si se han incorporado disposiciones establece que el acreedor solo puede rechazar el pago anticipado si al aceptar dicha oferta se perjudican sus intereses de manera significativa.

45. Así, el artículo 6.1.1 de los Principios Unidroit (siguiendo lo que consagra el artículo 33 de la CISG) establece que, si se ha establecido un plazo para cumplir la obligación, esta debe cumplirse en ese momento⁵⁶. En consonancia con lo anterior, el artículo 6.1.5 señala que el acreedor puede rechazar el pago anticipado, a menos que carezca de interés legítimo para hacerlo⁵⁷. De manera similar, el artículo 7:102 de los Principios Europeos de Derecho de Contratos y el artículo III. 2:102 del *Draft Common Frame of Reference* reiteran que, si se ha establecido un plazo para el cumplimiento, esta debe cumplirse en ese momento. Igualmente, los artículos 7:103 de los Principios Europeos de Derecho de Contratos⁵⁸ y III. 2:103 del *Draft Common Frame of Reference*⁵⁹ disponen que las partes pueden negarse a aceptar una oferta de pago anterior al vencimiento de la obligación, excepto en los casos en que aceptar dicha oferta no perjudique sus intereses de manera significativa. Evento en el cual, en todo caso, la aceptación de un pago anticipado no afecta para nada a la fecha del cumplimiento de sus propias obligaciones.

46. Para estos instrumentos, el cumplimiento se organiza o agenda de acuerdo con las actividades y la disponibilidad del acreedor, de forma que el cumplimiento anticipado puede ocasionar al acreedor gastos o inconvenientes adicionales. Sin embargo, se limita la facultad del acreedor para rechazar el cumplimiento anticipado únicamente cuando demuestre que puede sufrir algún inconveniente por el cumplimiento anticipado o por tener algún otro interés legítimo para negarse⁶⁰. De lo establecido en estas normas, que aparece corroborado en los comentarios oficiales, se infiere que, a diferencia de algunos códigos nacionales que asumen la regla general según la cual el plazo beneficia al deudor, se consagra el principio opuesto, y es que el plazo beneficia al acreedor⁶¹. Ahora, tal regla no es absoluta y el deudor podría demostrar que el cumplimiento antes del plazo no afecta al acreedor y por ende que éste no dispone de un interés legítimo para rechazarlo.

47. El comentario oficial del *Draft Common Frame of Reference* presenta, como ejemplo, un contrato de compraventa de productos perecederos con fecha de entrega prevista en el contrato para el 1 de octubre, en el cual el vendedor solicita al comprador recibir la mercancía el 20 de septiembre. En este contexto, si el comprador dispone de un almacén y el vendedor está dispuesto a cubrir los gastos del almacenamiento durante el periodo entre septiembre y octubre, no puede el vendedor razonablemente

⁵⁶ El texto del artículo 6.1.1 de los Principios Unidroit indica: “(Time of performance) A party must perform its obligations: (a) if a time is fixed by or determinable from the contract, at that time; (b) if a period of time is fixed by or determinable from the contract, at any time within that period unless circumstances indicate that the other party is to choose a time; (c) in any other case, within a reasonable time after the conclusion of the contract”.

⁵⁷ El artículo 6.1.5 de los Principios Unidroit dispone “(Earlier performance) (1) The obligee may reject an earlier performance unless it has no legitimate interest in so doing. (2) Acceptance by a party of an earlier performance does not affect the time for the performance of its own obligations if that time has been fixed irrespective of the performance of the other party’s obligations. (3) Additional expenses caused to the obligee by earlier performance are to be borne by the obligor, without prejudice to any other remedy”.

⁵⁸ El artículo 7:103 de los Principios on European Contract Law indica “Early Performance. (1) A party may decline a tender of performance made before it is due except where acceptance of the tender would not unreasonably prejudice its interests. (2) A party’s acceptance of early performance does not affect the time fixed for the performance of its own obligation”.

⁵⁹ El artículo III. 2:103 de los *Draft Common Frame of Reference* indica “Early performance. (1) A creditor may reject an offer to perform before performance is due unless the early performance would not cause the creditor unreasonable prejudice. (2) A creditor’s acceptance of early performance does not affect the time fixed for the performance by the creditor of any reciprocal obligation”.

⁶⁰ STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE; RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *op. cit.*, pp. 333-334.

⁶¹ En el comentario oficial se señala: “El momento establecido para el cumplimiento, por lo general, tiende a acomodarse a las actividades del acreedor, lo que hace presumir que un cumplimiento anticipado le ocasionará molestias. Por lo tanto, el acreedor tiene un interés legítimo en rechazarlo, y el cumplimiento anticipado, en principio, equivale al incumplimiento del contrato”. INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW, *op. cit.*, pp. 200. Ver también: COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW, *op. cit.*, 2000.

rechazar al cumplimiento anticipado, sino que está obligado a aceptarlo por no tener un interés legítimo para negarse⁶².

48. Así mismo, los comentarios de los instrumentos se han referido al caso de las obligaciones dinerarias, indicando que la regla en comento exige la aceptación de una oferta anticipada si no causa un perjuicio injustificado al acreedor. En este tipo de obligaciones, el acreedor no sufre ningún perjuicio por recibir el dinero antes del plazo previsto, siempre que el pago anticipado no afecte a los intereses debidos⁶³.

49. En todo caso, ha de tenerse en cuenta que las normas comentadas de los instrumentos disponen que la aceptación por una parte de una prestación anticipada no afecta al plazo fijado para el cumplimiento de su propia obligación. Sin embargo, ésta es sólo una regla supletoria, de forma que el contrato puede regular la obligación recíproca del acreedor, de forma que puede prever que sea cumplida en un momento que se determinará por el momento del cumplimiento efectivo por parte del deudor, aunque éste sea anticipado.

IV. Conclusiones

50. La cuestión central es la reflexión sobre las normas que regulan el pago anticipado en Colombia, a la luz del deber de cooperación del acreedor en el cumplimiento y de los instrumentos internacionales de derecho de contratos. Las diferentes perspectivas permiten concluir que el acreedor está llamado a desarrollar un rol activo en la relación obligatoria, de tal forma que debe apoyar, ayudar o facilitar su ejecución. El cumplimiento requiere, en un buen número de situaciones, que el acreedor adelante conductas colaborativas para que el deudor pueda ejecutar las obligaciones a su cargo.

51. La cooperación puede adoptar manifestaciones muy diversas atendiendo la naturaleza y las necesidades del negocio celebrado. Por esta razón planteamos que, en coherencia con los instrumentos internacionales, la aceptación del acreedor del cumplimiento anticipado –antes del plazo fijado–, cuando dicho pago no le cause perjuicio, es una exigencia de cooperación razonablemente esperada, así como que esta era necesaria para que se generaran la totalidad de efectos previstos en el contrato⁶⁴.

52. Con fundamento en la perspectiva de los instrumentos internacionales, consideramos apropiado acoger el planteamiento de que se trata de una exigencia inherente y autónoma del contrato. En concreto, esta exigencia es una verdadera exigencia para el acreedor, en tanto no le es dable rehusar o rechazar el pago anticipado, sino demostrando el interés válido afectado.

53. El cumplimiento, como elemento determinante de la liberación del deudor de la obligación, no es una cuestión únicamente atinente al deudor. Así, el acreedor está llamado a adelantar los comportamientos que posibiliten que el deudor se *libere* de los efectos de la relación obligatoria contractual, de tal forma que este no quede *vinculado* a pesar de sus esfuerzos o disposición para cumplir. En este sentido, cuando la actuación del acreedor es un elemento necesario para liberar al deudor de los efectos de la obligación contractual, se contempla como una manifestación de la cooperación exigible al acreedor⁶⁵.

⁶² STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE; RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *op. cit.*, p. 333.

⁶³ Los comentarios al *Draft Common Frame of Reference* mencionan como ejemplo un contrato en el cual se fija la fecha para el pago del precio el 1 de julio. Con el fin de evitar retrasos en el pago, el deudor da instrucciones a su banco para que transfiera los fondos a la cuenta del acreedor de manera anticipada. El precio se abona en la cuenta del acreedor el 20 de junio. El acreedor no puede rechazar el pago, si el pago recibido es la totalidad pactada. STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE; RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *op. cit.*, p. 334.

⁶⁴ M. J. LÓPEZ MESA, *Derecho de las obligaciones. Análisis exegético del nuevo Código Civil y Comercial*, Editorial B de f, Buenos Aires, 2015, p. 480.

⁶⁵ L. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, *op. cit.*, pp. 364-366; A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las cargas del acreedor en el derecho civil y en el mercantil*, Montecorvo, Madrid, 1988, p. 72-75.

54. En este contexto, la regulación dispersa, e incluso dispar, del pago anticipado en Colombia no es coherente con el reconocimiento del deber de cooperación, de forma que el acreedor se encuentra llamado a recibir el pago y, por ende, el deudor podría renunciar libremente al plazo, cuando no hacerlo implique al deudor asumir consecuencias negativas personales o que afecten la obligación. Más aún, cuando el pago anticipado –incluso en las obligaciones dinerarias– puede o no serle conveniente económicamente al acreedor, según la situación del mercado. Igualmente, ha de considerarse que, si por una dificultad económica o insolvencia dada a conocer al acreedor, el acreedor como mecanismo de protección del cumplimiento y de prevención de un posible incumplimiento futuro tendría igualmente en este evento la obligación de aceptar el pago anticipado.

Factor jurisprudencial y evoluciones en la reglamentación sobre insolvencia transfronteriza de la Unión Europea

Case-law compound and evolutions within the European Union cross-border insolvency regulation

ENRIQUE MANUEL PUERTA DOMÍNGUEZ*

*Profesor Asociado del Departamento de Derecho Público y del Trabajo
Universidad de Huelva*

ORCID ID: 0000-0003-1816-5703

Recibido: 05.12.2023 / Aceptado: 11.01.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8434

Resumen: El Derecho Internacional Privado producido en el seno de la UE se remonta a fechas recientes mediante las nuevas bases habilitantes recogidas en los Tratados constitutivos, con las que se han adoptado un amplio número de Reglamentos, entre ellos el de insolvencia transfronteriza, en dos versiones de promulgadas en 2000 y 2015. En éstos asistimos a su subsiguiente matización, mediante la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE operada mediante la cuestión prejudicial. Se analizará la influencia de dicha labor jurisprudencial en el perfeccionamiento del régimen normativo europeo, tanto actualmente como de cara a sus mejoras en el futuro, labor que, en clave típicamente europea, nunca deja de lado la labor unificadora de la alta jurisdicción de la Unión.

Palabras clave: Insolvencia transfronteriza, evolución, aportación, jurisprudencia.

Abstract: The Private International Law produced within the EU dates back to recent times through the new enabling bases included in the founding Treaties, with which a large number of Regulations have been adopted, including that on cross-border insolvency, in two versions of enacted in 2000 and 2015. In these we witness their subsequent clarification, through the jurisprudence of the Court of Justice of the EU operated through the preliminary ruling question. The influence of said jurisprudential work on the improvement of the European regulatory regime will be analyzed, both currently and with a view to its improvements in the future, work that, in a typically European key, never leaves aside the unifying work of the high jurisdiction of the Union.

Keywords: Cross-border insolvency, evolution, contribution, case law.

Sumario: I.- Postulados iniciales para el tratamiento de la insolvencia transfronteriza en el contexto de la globalización económica. 1.- La concepción territorialista. 2.- La concepción universalista. II.- Líneas generales del tratamiento competencial de la insolvencia transfronteriza articulado por la UE dentro del conjunto de su marco normativo propio. III.- El criterio del COMI en su evolución histórica. 1.- El contexto inicial deparado por el Reglamento 1346/2000 y su desarrollo jurisprudencial por el TJUE. 2.- Evolución normativa tras la adopción del Reglamento 848/2015 y eventuales colisiones con otras normas del DIPr de la UE. IV.- Evoluciones en la noción de dependencia a efectos de competencia en los procedimientos secundarios de insolvencia. V.- Otras mejoras operativas introducidas por la actual Reglamentación 848/2015. 1.- Cuestiones sobre publicidad,

*enrique.puerta@dam.uhu.es

derecho de información de los deudores, procedimientos de coordinación y normativa sobre protección de datos. 2.- Facilitación del reconocimiento de efectos a las diversas clases de resoluciones jurisdiccionales sobre procedimientos de insolvencia. VI.- Aspectos sobre Ley aplicable a los procedimientos de insolvencia transfronteriza. VII.- La jurisprudencia del TJUE recaída con relación al Reglamento 848/2015. VIII.- Conclusiones.

1. El interés de la UE por el Derecho Internacional Privado (DIPr), como capítulo armonizado entre sus Estados miembros como parte integrante del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (ELSJ, sucesor del antiguo Tercer Pilar de Maastricht) se remonta a fechas recientes, coincidentes con el tránsito entre los siglos XX y XXI. En su relativamente aún corta existencia, asistimos con respecto al mismo a no pocos ejemplos de prueba y error, que responden de modo generalizado a un cierto ciclo o pauta; en primer término viene la adopción de una primera normativa de Derecho derivado (Reglamentos) por mediación de las nuevas bases habilitantes recogidas en los Tratados constitutivos *ex profeso*; a reglón seguido, debido a sus dudas interpretativas y de aplicación (a la vista de sus lagunas y carencias), asistimos a su subsiguiente matización, mediante la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) eminentemente a través la técnica de la cuestión prejudicial; y en tercer término se aprovecha para la de nuevos instrumentos reglamentarios que intentan suplir los defectos detectados, no pocos de ellos sacados a la luz en el referido proceso de aclaración jurisprudencial. Ello no quiere decir que los nuevos instrumentos reglamentarios estén exentos de su propia revisión, al mismo modo que tenemos que saber reaprovechar, en el contexto de una nueva normativa, los fallos interpretativos con relación al estado normativo precedente.

2. El proceso conocido desde los hasta ahora dos Reglamentos de la UE sobre insolvencia transfronteriza aúna a a su indudable interés desde una perspectiva iusprivatista la constatación del proceso antes descrito, que es característico en la construcción del edificio de la juridicidad de la UE desde sus mismos inicios. La intención de la presente aportación es pues unificar ambas ópticas, la del DIPr y la del Derecho comunitario en un aspecto tan amplio y controvertido, cual es el deparado por la competencia jurisdiccional internacional a la hora de entender tan complejos entornos, como son los protagonizados por aquellos casos de insolvencia que, por motivo de la creciente globalización económica, desbordan cada vez más frecuentemente las fronteras nacionales. A este respecto veremos cómo colisionan, inclusive dentro de la misma Europa integrada entre sus instituciones y sus Estados miembros, las diversas tendencias en la materia de la insolvencia transfronteriza, unas más territorialistas o nacionalistas, y otras de índole universalista. Después analizaremos la aparición de la primera normativa aparecida en el año 2000, y su jurisprudencia interpretativa, de relativamente pocos, pero importantes ejemplos, que inciden muy particularmente respecto de la determinación de la competencia nacional para conocer con carácter predominante en los casos de insolvencia transfronteriza. Seguiremos exponiendo las razones que llevaron al legislador comunitario a formular un segundo Reglamento en el año 2015, que registra ya algunas muestras de inquietud jurisprudencial por parte del TJUE, al tiempo que tendremos que saber reaprovechar, en lo que se puedan, los fallos interpretativos recaídos con la normativa de 2000, lo que nos ocupará al término de la presente aportación, en sus obligadas conclusiones.

I. Postulados iniciales para el tratamiento de la insolvencia transfronteriza en el contexto de la globalización económica

3. Los diversos ordenamientos jurídicos prevén procedimientos específicos de insolvencia destinados a operar en los casos en los que las empresas incurran en situaciones de crisis económica. Tales procedimientos tienen por finalidad poner bajo el control de la autoridad competentemente designada aquellas actividades con arreglo a las cuales, y según las diversas situaciones, vaya a proseguir la actividad de la empresa, o caso contrario, haya de la liquidación de su activo remanente y el abono de su pasivo entre los acreedores, asegurándose el respeto al orden de prelación de créditos que proceda. Las

preguntas iniciales que debemos hacernos antes de plantearnos si la normativa europea está a la altura para determinar sin dudas las cuestiones iniciales de competencia relativas a la insolvencia transfronteriza se subsumen en dos ámbitos concretos; el primero, el de las pulsiones territorialistas que parecen resistirse a no dejar su lugar en los contextos concursales transnacionales, y el segundo, la conformación, no sin objeciones, hacia una visión más universalista respecto de la cuestión competencial en lo que atañe a la insolvencia. Si bien una visión más globalista se impondría con respecto a imperativos más ligados a la territorialidad nacional, los partidarios y detractores de uno y otro campo se muestran beligerantes en la defensa de las posiciones, diatribas que se ponen vivamente de manifiesto en entornos no europeos, caso del norteamericano ¹.

1. La concepción territorialista

4. Si se analiza más de cerca, el sustrato ideológico para la regulación de los casos de insolvencia transfronteriza se basa en la dicotomía entre diferentes modelos regulatorios, basados respectivamente en el principio de territorialidad y en el principio de universalismo. Durante mucho tiempo, la teoría de la territorialidad (como expresión del principio de soberanía de los Estados individuales también en relación con la regulación del derecho de crisis empresarial) ha favorecido una definición nacional de los procedimientos de quiebra, con la consiguiente fragmentación de la legislación sectorial. Esto se debe a que el modelo territorialista encuentra su principal fortaleza en la intangibilidad de la soberanía estatal, respondiendo al criterio iusprivatista de la *lex rei sitae*. Un concepto de este tipo considera la quiebra como una especie de procedimiento de ejecución colectiva, que debe ser regulado obligatoriamente por el ordenamiento jurídico nacional.

5. Cuando se quisiera respetar plenamente esta teoría, los procedimientos de insolvencia se regirían en todos los aspectos (tanto procesales como sustantivos) por la *lex fori*. Como es evidente, las medidas adoptadas por el Tribunal competente y en aplicación de la legislación nacional vigente no podrían ser vinculantes fuera del país de referencia. Es decir, los efectos del procedimiento concursal quedarían limitados al Estado que tenga jurisdicción sobre los bienes del deudor allí situados, sin tener en cuenta a estos efectos los procedimientos pendientes de otros procedimientos en el extranjero. Por tanto, ninguna disposición jurisdiccional podría tener por objeto bienes situados físicamente fuera de las fronteras nacionales, del mismo modo que no habría forma de impedir ex ante la apertura simultánea de procedimientos de insolvencia (y la consiguiente emisión de disposiciones, cualquiera que sea su denominación) en los Tribunales de otros Estados. La principal consecuencia de la adopción del modelo territorialista es, por tanto, la división de los procedimientos de insolvencia y la liquidación de activos en múltiples activos de menor alcance o dimensión, incluso si se refieren a activos del mismo deudor. En otras palabras, si la empresa opera en diferentes, cada Juez competente regulará la liquidación de los activos y la distribución del producto a los acreedores locales de acuerdo con la legislación nacional, no teniendo en cuenta en cualquier forma la extensión multinacional de la entidad concursada. Por otra parte, el legislador nacional tiene así la oportunidad de adaptar la legislación en materia de insolvencia a sus propias ideologías y objetivos: pensemos, por ejemplo, en el nivel de protección que pretende ofrecer a los deudores frente a los acreedores y viceversa, así como a la prioridad considerada en la protección de

¹ Sería imposible reducir a un catálogo cerrado el interés que presenta la doctrina norteamericana, desde sus característicos parámetros y enfoques, con respecto a la insolvencia transfronteriza y sus consecuencias. Cítense: L.M. LOPUCKI, "The Case for Cooperative Territoriality in International Bankruptcy", in *Michigan Law Review*", y A. GUZMAN, "International Bankruptcy: In Defense of Universalism", ambos en *Michigan Law Review Vol. 98, Issue 7, June 2008*; I.F. FLETCHER, *Insolvency in Private International Law: National and International Approaches*, Oxford Private International Law Series, II ed., 2005; E.S. ADAMS, J. FINCKE, "Coordinating Cross-Border Bankruptcy: How Territorialism Saves Universalism", *Columbia Journal of European Law* 43/2009 pp. 49 y sigs; H. BUXBAUM, "Rethinking International Insolvency: the Neglected Role of Choice of Law Rules and Theory", *Stanford Journal of International Law* 23/2000, pp. 26 y sigs; L.M. CLARK, K. GOLDSTEIN, "Sacred Cows: How to Care for Secured Creditors' Rights in Cross-Border Bankruptcies", 2011, in *46/2011 Texas International Law Journal*, pp. 518 y sigs.

determinadas categorías de acreedores (como entidades de crédito, proveedores, trabajadores, seguridad social y organismos de recaudación de impuestos y derechos), así como a la posibilidad de proteger los propios intereses económicos.

6. Desde esta perspectiva, no es difícil comprender cómo el Derecho concursal, estrechamente vinculado a otras ramas de los Derechos civil y mercantil (como, en primer lugar, el derecho contractual, bancario, comercial y de competencia) ha sido considerado durante mucho tiempo un área de competencia estrictamente nacional. Esto se debe a que un enfoque de este tipo puede permitir una protección mejor y más eficaz de los acreedores nacionales, quienes podrían tener acceso a procedimientos más simples y eficaces, caracterizados por menores costos y mayor seguridad jurídica. En cualquier caso, hay que tener en cuenta que los acreedores tendrían que participar en un número indefinido de procedimientos de insolvencia, con la consiguiente e inevitable multiplicación de los costos relacionados con la existencia de múltiples procedimientos colectivos, de modo que la supuesta protección de los acreedores nacionales entraría en conflicto con una mayor inseguridad jurídica a nivel internacional, en violación del principio entendido como de diversos grados de *conditio creditorum* (principalmente, dada la creación de diferentes grados de acreedores con causas de preferencia regidas por la Ley del Estado en el que se abre cada procedimiento).

7. Por otra parte, la falta de extraterritorialidad de las disposiciones dictadas por el Tribunal nacional fomentaría la transferencia de bienes al extranjero, frustrando así también las razones de los acreedores nacionales. Además, considérese la nada infrecuente eventualidad de que acreedores y terceros domiciliados en un Estado no tengan conocimiento de los procedimientos de insolvencia abiertos contra el mismo deudor en otro Estado, ya que actualmente no existe un registro público de los procedimientos de insolvencia global. Sin embargo, la intensificación de las transacciones comerciales a nivel internacional y global ha abierto el camino a una teoría universalista de la regulación de los procedimientos de insolvencia. En otras palabras, la tendencia creciente hacia una integración económica cada vez mayor se inclina, por tanto, hacia un concepto de *global default* o insolvencia desde una óptica globalista, de manera que se concede al Tribunal que resulte competente plena competencia sobre todos los bienes que componen el patrimonio del deudor, independientemente de su localización. también a los efectos de satisfacción y liquidación de acreedores, según la *lex fori* aplicable. Se trata de una circunstancia muy importante para el derecho marítimo, dado que el desarrollo de un transporte marítimo rápido y económico, así como el transporte multimodal, ha representado ciertamente un factor fundamental a los efectos de la globalización comercial.

2. La concepción universalista

8. En contraposición a lo anteriormente analizado, la teoría universalista establece que todo procedimiento de insolvencia abierto en el Estado donde esté situado el domicilio social o el domicilio del deudor debe regular la suerte de todos sus bienes, independientemente de su ubicación (o no) dentro de las fronteras nacionales. Por otra parte, los demás Estados adheridos al mismo concepto universalista deberían aplicar íntegramente las medidas adoptadas dentro del procedimiento de insolvencia iniciado anteriormente. Como es evidente, el concepto en cuestión permitiría reducir el uso del denominado en terminología anglosajona *forum shopping* por parte del deudor (elección abierta por el foro competencial que resulte más conveniente o menos lesivo para el deudor, a menudo en detrimento de los intereses de los acreedores), dado que el procedimiento sólo podría iniciarse en un lugar con el que el deudor tenga un vínculo estable y sustancial (como el domicilio, el domicilio social o el principal centro de intereses, aspecto este esencial, como veremos en la normativa de la UE). En consecuencia, a nivel internacional, la teoría universalista puede ofrecer mayores garantías de eficacia y celeridad, así como de certidumbre en las relaciones jurídicas, pero a nivel práctico, estos beneficios podrían traducirse en mayores ventajas para los grandes acreedores tales como bancos y entidades financieras, así como resulta particularmente relevante para los contratos de arrendamiento, todo ello pues en detrimento de los acreedores locales

más pequeños, que evidentemente no están en condiciones de hacer valer sus derechos en otras jurisdicciones alejadas de su entorno habitual. En cualquier caso, la extraterritorialidad efectiva de las medidas adoptadas en caso de quiebra sólo puede depender, en gran medida, del nivel de cooperación internacional. De hecho, la falta total de cooperación puede conducir a resultados insatisfactorios a nivel práctico y, en casos extremos, incluso a la violación de principios clave en la materia plenamente compartidos por la mayoría de los Estados. Por otra parte, el correcto funcionamiento de un sistema universalista sólo puede postular una armonización legislativa completa, aunque limitada a las normas de DIPr.

9. A nivel práctico, la gradación de los créditos formados según la Ley del Estado de origen puede producir el efecto de subvertir la posición de los acreedores extranjeros que habían contraído obligaciones con el deudor y establecido relaciones comerciales de conformidad con las normas de su propio Estado de pertenencia. A este respecto, debe observarse que el orden de preferencias en la satisfacción de los créditos del deudor insolvente asume un papel central en todo sistema, reflejando sus valores (económicos, sociales y políticos), así como sus tradiciones; esto explica por qué no sólo los Jueces, sino también los legisladores nacionales son completamente reacios a aceptar su no aplicación en su propio territorio, en favor de otras normas y otros principios que, en teoría, también pueden diferir significativamente de los nacionales. La voluntad de salvaguardar el sistema interno de calificación crediticia representa, por tanto, el último bastión de la territorialidad. A nivel práctico, en el modelo teórico universalista puede no ser fácil identificar el Tribunal competente, ya que los principios que lo rigen pueden conducir a soluciones divergentes, a veces incluso conflictivas. Por lo tanto, ni siquiera la teoría universalista pura ha encontrado una aplicación efectiva, habiendo sido adaptada y mitigada por la legislación nacional.

10. El punto de partida de la teoría universalista está, por tanto, representado por el reconocimiento de la circunstancia por la cual, en principio, la jurisdicción internacional sobre los activos y pasivos del deudor debe ser una sola, independientemente de su ubicación material y real. Un corolario lógico de lo que se acaba de afirmar es que el procedimiento así basado produce necesariamente efectos extraterritoriales. Sin embargo, el foro identificado debe poder ofrecer las protecciones necesarias garantizando que los principios fundamentales que caracterizan su ordenamiento jurídico (en términos de orden público) no puedan ser vulnerados de facto por la atribución de eficacia a favor de medidas extranjeras, en el caso de que de cualquier conflicto con las normas sustantivas y/o procesales que subyacen a éstas. Ante esta necesidad, la colaboración con Tribunales extranjeros es de fundamental importancia, especialmente a la hora de abrir procedimientos auxiliares, cerrando así la brecha entre el espacio global y la territorialidad de las normas. De la disputa entre los exponentes de la doctrina internacional, basada en el contraste de las dos grandes corrientes de pensamiento (territorialidad y universalidad), han surgido con el tiempo sistemas parcialmente diversificados, basados en ciertos elementos de los principales modelos recién mencionados. La actual tendencia a armonizar la regulación de las crisis empresariales y la progresiva sensibilización de los legisladores nacionales hacia el tema en discusión han empujado a estos últimos a favorecer enfoques menos radicales del tema, aunque hoy en día todavía existen no escasos focos de resistencia.

II. Líneas generales del tratamiento competencial de la insolvencia transfronteriza articulado por la UE dentro del conjunto de su marco normativo propio

11. El DIPr emanado de la UE no podía sustraerse al reto de contar con una normativa propia sobre los procedimientos de insolvencia transfronterizos, dentro de la cual se plantean múltiples incógnitas y desafíos; entre los que destaca la cuestión de la determinación de la competencia jurisdiccional para entender en los procesos de insolvencia, cuyos antecedentes y líneas de posible evolución futura intentamos por nuestra parte sintetizar en la presente aportación. Han existido hasta la fecha dos Reglamentos y una jurisprudencia en materia de competencia jurisdiccional que, si no es demasiado prolífica, si merece detenimiento, sobre todo para ver si quedan resueltas todos los aspectos competenciales en la compleja faceta de la insolvencia transfronteriza; en efecto, una no clarificación previa de la jurisdicción

competente propicia que las demás cuestiones que envuelven el proceso de funcionamiento del DIPr queden irresueltas, como son los aspectos de qué Leyes aplicables (procesales y materiales), van a ser empleadas en cada caso concreto de insolvencia, para a reglón seguido establecer con qué parámetros se van a afrontar los aspectos de garantía de créditos y socios, o los aspectos más controvertidos de colisión respecto al orden público (en este caso económico ha de entenderse) de algún Estado o grupo concreto de países (sean de la UE o terceros).

12. En concreto, la normativa europea básica aplicable en la materia queda recogida actualmente en el Reglamento 2015/848 sobre procedimientos de insolvencia, sustitutivo del anterior 1346/2000. Este Reglamento contribuye a resolver los conflictos de competencia y legislativos y garantiza el reconocimiento de sentencias en toda la Unión. No armoniza las normas sustantivas en materia de insolvencia de los Estados miembros, sino que se limita a establecer normas comunes sobre el órgano jurisdiccional competente para abrir procedimientos de insolvencia, la legislación aplicable y el reconocimiento de las decisiones judiciales. El objetivo principal es evitar la transferencia de bienes o litigios de un Estado miembro a otro. Su única base legal está en el art. 81 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que como sabemos refleja en el Derecho originario actualmente vigente el imperativo de que la UE desarrolle una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales. Cuenta con cuatro Anexos, los cuales, a diferencia de otros Reglamentos Europeos de DIPr tienen un sentido aclaratorio o de equivalencias, que no documental.

13. La noción de competencia jurisdiccional en tan sensible materia como la que aquí abordamos requiere abordar una definición muy compleja, incluso para el Derecho interno, ya que el propio legislador la considera un supuesto implícito. Cuando se quiera intentar dar una definición, la jurisdicción puede definirse como ese espacio, en sentido amplio, donde el Juez tiene el poder legítimo de *jus dicere*, es decir, de conocer la controversia y decidirla. A nivel internacional, cuando se trata del concepto de jurisdicción, la cosa cambia. De hecho, en el contexto de la cooperación jurídica en materia civil se adoptó el Reglamento 44/2001, conocido como Bruselas I, actualmente reemplazado por el Reglamento 1215/2012 Bruselas I bis. Este Reglamento se refiere a la competencia jurisdiccional, la ejecución y el reconocimiento de decisiones en materia civil y mercantil. Su importancia se debe a que dicta una serie de foros -algunos generales y otros especiales- para establecer el *quantum* de competencia atribuido al Juez individual del Estado miembro. Sin embargo, su empleo está excluido en el marco de las insolvencias, donde la normativa europea introduce diferentes criterios de competencia para atribuir la competencia al Juez encargado de sustanciar los procedimientos de insolvencias en cada Estado miembro. La comparación entre estas dos normas propicia acusadas diferencias en sus respectivos ámbitos de aplicación; pero no olvidemos que ambas son pertenecientes al género de la cooperación civil. En consecuencia, si dentro del Reglamento procesal civil general que es actualmente el precitado Bruselas I bis, la autonomía privada representa un principio general, capaz de derogar ciertos criterios de competencia, tal autonomía no se tiene en cuenta en los litigios concursales regulados por la normativa reglamentaria específica en materia de insolvencia transfronteriza. La razón de esta elección reside, una vez más, en la propia naturaleza de la legislación sobre insolvencias. Si en el contexto general de las cuestiones civiles y comerciales, el equilibrio entre el principio de autonomía privada y el principio de interés público (que obviamente subyace a las normas procesales) hace que en ocasiones prevalezca el primero; por el contrario, en materia de insolvencia prevalece el interés público.

14. Sin embargo, la especificidad procesal del entorno de la insolvencia transfronteriza puede ver comprometida. Como ejemplo, ciertas limitaciones a las especificidades de competencia jurisdiccional en el entorno de la insolvencia transfronteriza con relación al régimen general del Reglamento Bruselas I bis se pusieron de relieve en la sentencia F-Text de 2012², referida al anterior Reglamento Bruselas I. A la postre de esta sentencia hay que considerar que esta excepción no se aplica cuando la solicitud se refiere a

² STJUE de 19 de abril de 2012 F-Text As 213/10.

una deuda tributaria, sino que la presenta una persona subrogada en dicha deuda y no la propia Administración tributaria. El contexto se refería a una solicitud de reembolso de un pago realizado por un futuro en quiebra en un período sospechoso y anulable según la legislación alemana en materia de quiebras (las quiebras, al igual que las cuestiones fiscales, están excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I). Sin embargo, la solicitud no fue presentada por el curador (en cuyo caso sin duda habría sido excluida del ámbito de aplicación del Reglamento) sino por un tercero a quien el curador había cedido su solicitud de reembolso. El Tribunal consideró que, en estas circunstancias, la solicitud estaba amparada por la jurisdicción civil y mercantil iusprivatista ordinaria del entonces vigente Reglamento Bruselas I.

15. En cualquier caso, incidencias como la acabada de comentar no pueden interpretarse como susceptibles de impedir de modo absoluto que las partes (en particular el deudor), puedan influir en la elección del Juez competente. Cuando es este último quien elige dónde ubicar su empresa, u opta por trasladarla de un Estado miembro a otro (es decir el precitado *forum shopping*), es evidente que, con esta elección, afecta al Juez que será competente para juzgarlo³. Pero estas siguen siendo cosas diferentes. El empresario tiene libertad para elegir el Estado en el que establecer su negocio porque esta libertad representa un derecho reconocido tanto por el derecho europeo como por el derecho interno. Sin embargo, la competencia depende de requisitos procesales previos y los criterios para establecer la competencia en esta materia no están a disposición del empresario. La normativa europea de insolvencias en su especialidad trata precisamente de determinar de un modo más exacto e indisponible cuál haya de ser la jurisdicción internacional; esto resulta evidente cuando se afirma, como seguidamente podremos apreciar que las disposiciones del Reglamento de insolvencias relativas a la competencia establecen únicamente la competencia internacional. Queda pues definido como Estado competente como el Estado miembro en el que los Jueces pueden abrir procedimientos de insolvencia de concurrir los postulados procesalmente contemplados a efectos de competencia. Finalmente, se pone de relieve la disociación conceptual entre jurisdicción y competencia, porque la competencia territorial en el Estado miembro está determinada por su legislación nacional. Por lo tanto, se deduce que los criterios utilizados indican la competencia estatal en su conjunto, ello por otro lado sin identificar la que haya de ser competencia territorial interna, lo cual se confía a las Leyes internas ordenadoras del orden procesal básico de cada uno de los Estados miembros de acuerdo al principio europeo de su autonomía procedimental en la aplicación del ordenamiento jurídico comunitario.

16. Hay dos criterios identificados por el Reglamento: el del centro de intereses principales del deudor (COMI de sus siglas en inglés *Center of Main Interest*) para el procedimiento principal, y el conocido como criterio de dependencia para los eventuales procedimientos secundarios. Con arreglo a ambos habrá que estudiar las evoluciones, tanto normativas como jurisprudenciales, que han determinado el pasaje del antiguo entorno normativo del Reglamento de 2000 al actual del de 2015.

III.- El criterio del COMI en su evolución histórica

17. Tal evolución se registra con respecto a las dos etapas normativas en el tratamiento por parte del ordenamiento comunitario de la insolvencia transfronteriza, en lo cual veremos el decisivo papel desempeñado por la jurisprudencia del TJUE.

³ La cuestión del controvertido *forum shopping* aparece desde las primeras inquietudes doctrinales iniciadas con la aparición de la primera normativa comunitaria en materia de insolvencia transfronteriza, con una especial intensidad en la doctrina italiana, renovándose tanto con las aportaciones correctoras de la jurisprudencia del TJUE como en las nuevas evoluciones a cargo del Legislador comunitario. Así, por todos en una primera época tenemos la aportación de M.V. BENEDETTELLI “Centro degli interessi principali del debitore e forum shopping nella disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza transfrontaliera”, *Riv. Dir. Internaz. Priv. Proc.*, 2004, pp. 499 y sigs. En concretamente en el País Cisalpino donde se denuncia que el *forum shopping* tiene múltiples lecturas, llegando inclusive a propiciar una cierta idea de colusión o de perjuicio a terceros, mediante las connivencias poco honestas del deudor con un cierto grupo de acreedores, en detrimento de otros. En tal sentido recomendamos la lectura de O. PEGNA LOPES, “Collegamenti fittizi o fraudolenti di competenza giurisdizionale nello spazio giudiziario europeo”, *Rivista diritto internazionale*, II, 2015, pp. 397 y sigs.

1. El contexto inicial deparado por el Reglamento 1346/2000 y su desarrollo jurisprudencial por el TJUE

18. El anterior Reglamento 1346/2000 (con una cierta indeterminación que habría que imputar a una cierta inexperiencia por parte del legislador comunitario) establecía que eran competentes para abrir un procedimiento de insolvencia los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio se encuentre el COMI del deudor. Dada la única referencia a la noción de centro de intereses principales, la definición no sigue más adelante. En cambio, asistimos a la especificación según la cual para las empresas y personas jurídicas se presume que dicho COMI es, mientras no se demuestre lo contrario, el lugar donde se encuentra la sede social. La correcta identificación de la interpretación tiene importantes consecuencias a nivel práctico. No dar una interpretación correcta hacía correr el riesgo de llevar a los Estados a una carrera hacia los Tribunales y el fallo. Por lo tanto, se estaba en serio riesgo de asistir a una especie de caótica competición, cuyo objetivo sería alcanzar en primer término, y a toda costa, la apertura del procedimiento principal. De hecho, éste representa el único procedimiento con carácter potencialmente universal y capaz de ejercer sus efectos en todos los Estados miembros (con la única limitación de los procedimientos secundarios). Si consideramos entonces que, una vez abierto el procedimiento principal, la competencia del Estado que lo gestiona ya no es discutible, entendemos el riesgo de establecer el procedimiento en cuestión en un Estado que nada tiene que ver con los intereses principales del deudor. De ahí la necesidad de una interpretación correcta de la noción ⁴.

19. El primer pronunciamiento decisivo vino determinado por la sentencia Staubitz-Schreiber de 2006 ⁵. El Tribunal de Justicia de la UE en el caso de especie interpretó el art. 3.1, del Reglamento 1346/2000 en el sentido de que el tribunal del Estado miembro donde esté situado el COMI en el momento en que el deudor presenta la solicitud de apertura del procedimiento concursal mantiene competencia en este sentido, incluso si el COMI se convirtiera en posteriormente trasladado a otro Estado miembro después de la presentación de la solicitud antes mencionada pero antes de la apertura del procedimiento correspondiente. La noción de presumir que el COMI se encuentra en el lugar del domicilio social fue objeto de la primera sentencia del TJUE sobre dicho Reglamento, en el contexto de un procedimiento iniciado antes de su entrada en vigor. En este caso, una persona física de nacionalidad alemana, gestora de una empresa de equipos de telecomunicaciones, había solicitado en diciembre de 2001 la apertura de un procedimiento de insolvencia ante el *Amstgericht-Insolvenzgericht* de Wupperthal, antes de cesar su actividad. Luego se mudó a España en abril de 2002. Los Tribunales alemanes se negaron a abrir un procedimiento de insolvencia alegando que la demandante tenía ahora el centro de sus intereses en España. Aplicar el Reglamento de 2000 a un procedimiento iniciado antes de su entrada en vigor, debido a la ausencia de una decisión de declarar una quiebra en el momento de dicha entrada en vigor (y con razón, ya que fue la negativa de los Tribunales alemanes a procedimientos abiertos la que estaba en cuestión), el Tribunal de Justicia considera que una transferencia de competencia de Alemania a España, a través de un conflicto móvil, sería contraria al objetivo de impedir el *forum shopping* (y quizás también en interés de los acreedores de un *holding* alemán). Es así como se debe valorar el centro de intereses del deudor al momento de presentar la solicitud. El principal procedimiento así abierto en Alemania se beneficiaría de la universalidad de la quiebra organizada por el Reglamento. En resumen, quedó interpretado el art. 3.1, del Reglamento 1346/2000 en el sentido de que el Tribunal del Estado miembro donde estuviese situado el COMI en el momento en que el deudor presentase la solicitud de apertura del procedimiento de insolvencia mantendría su competencia, incluso si el COMI fuese posteriormente trasladado a otro Estado miembro después de la presentación de la solicitud antes mencionada, pero antes de la apertura del procedimiento correspondiente. El pronunciamiento mencionado reflejaría una clara afirmación de

⁴ La doctrina del momento anticipó la decisiva importancia que iba a revestir la jurisprudencia del TJUE en los asuntos que estaban planteados como cuestiones prejudiciales en espera de respuestas que vendrían poco después. Un reflejo de tal inquietud lo tenemos en S. BARIATTI, "L'applicazione del regolamento CE n. 1346/2000 nella giurisprudenza", *Riv. dir. proc.*, 2005, pp. 673 y sigs.

⁵ STJUE de 17 de enero de 2006 Staubitz As 1/04.

la prórroga o extensión del foro competencial, con el objetivo principal de garantizar una mayor eficiencia procesal, así como una mayor previsibilidad y certeza para los acreedores, cuyas posibilidades de recuperación habían sido evaluadas en el momento de la celebración del contrato.

20. Poco después vendría sentencia Eurofood en ese mismo año 2006 ⁶, en la que el TJUE tuvo oportunidad de centrarse en la definición de COMI. De hecho, el Tribunal de Parma y el Tribunal Superior irlandés se declararon competentes para declarar la quiebra de la empresa irlandesa Eurofood IFSC. El Tribunal de Parma se basó en el decreto del Ministro de Actividades Productivas que admitió a Eurofood en el procedimiento de administración extraordinaria, decreto impugnado por la misma empresa y por Bank of America ante el Tribunal Administrativo Regional del Lacio, que desestimó el recurso con sentencia. En cambio, el Tribunal Superior afirmó que el COMI de la empresa estaba en Irlanda, de conformidad con el art. 3.1 del Reglamento, que especifica que la solicitud de apertura y el nombramiento de un síndico eran suficientes para considerar abierto un procedimiento de insolvencia con arreglo al ordenamiento irlandés.

21. Dado que estas acciones se llevaron a cabo antes de la sentencia del Tribunal de Parma, el procedimiento irlandés debía considerarse como el procedimiento principal. Ello llevó al Administrador extraordinario de Parmalat SpA (sociedad matriz de Eurofood), a promover una serie de recursos y apelaciones que resultaron al final en el sometimiento de una cuestión de interpretación del art. 3.1, del Reglamento al Tribunal de Justicia de la Unión Europea por parte de la *Supreme Court* irlandesa. El Tribunal estableció que la noción dada por el art. 3.1 del Reglamento tiene un significado que debe obtenerse de forma autónoma e independiente, de manera que lo que haya de entenderse por el COMI ha de revestir un cierto sentido identificado como de efecto útil, entendido como lugar de realización de actividades habituales y comúnmente reconocido por las terceras personas. En este sentido, se trataría, por tanto, de un concepto independiente de las normas de cada Estado miembro. Recordando entonces el Considerando núm. 13 del mismo Reglamento, consideró que debe entenderse por centro de intereses principales el lugar en el que el deudor ejerce habitualmente, y por tanto es reconocible por terceros, la gestión de sus intereses. Finalmente, reitera que, si el deudor es una empresa, se puede presumir que dicho centro está ubicado en el lugar donde tiene su domicilio social. Esta presunción sólo puede ser rebatida si elementos objetivos y verificables por terceros permiten determinar una situación real diferente. Si, por un lado, la sentencia tiene el notable mérito de dictar una definición de la que los Estados miembros no pueden desviarse, cabe señalar, sin embargo, que, por otro lado, el Tribunal incorpora lo que ya había sido declarado anteriormente por la doctrina. De hecho, se argumentó que el centro de intereses principales debe corresponder al lugar donde el deudor lleva a cabo la administración de sus intereses de manera regular y, por lo tanto, puede ser verificable por terceros. De esta sentencia la doctrina extrae algunas nuevas directrices relevantes. Del hecho de que el Juez sólo debe identificar el lugar donde el deudor ejerce la gestión de sus intereses se desprende que tal criterio debe ser considerado como dotado de un carácter fáctico.

22. Es más probable que los Tribunales de los Estados miembros pasasen a intentar valer su competencia en lugar de negarla. Se trata de un elemento de indudable importancia operativa a efectos de identificar el COMI, en particular para identificar qué Tribunal tiene competencia para determinar dicho centro de intereses en caso de interpretaciones contradictorias por parte de Jueces de diferentes Estados que puedan ser simultáneamente con dicha evaluación (lo que bien podría ocurrir en el caso de interponer recursos ante diferentes jurisdicciones, con la posibilidad de interpretaciones contradictorias de un concepto clave, por su naturaleza variable y estrictamente ligado a elementos fácticos). La

⁶ STJUE de 2 de mayo de 2006 Eurofood IFSC Ltd As 341/04. En esta sentencia vemos la posición de la jurisprudencia europea, según la cual “la insolvencia constituye un riesgo que debe ser previsible para los acreedores. En la medida en que la designación de la jurisdicción determina la ley aplicable, los acreedores deben poder integrar en su análisis los riesgos de la ley sustantiva aplicable en caso de apertura del procedimiento” (apartado 33). Véase Jean-Luc VALLENS. “L’harmonisation: voie et degré de convergence entre les droits nationaux, européens et internationaux, L’eupéanisation et l’internationalisation du droit de l’insolvabilité”, *Petites Affiches*, 19 oct 2006, pp. 31 y sigs.

cuestión fue abordada interpretativamente por el TJUE con la citada sentencia Eurofood, aplicando la regla de la “regla del tiempo de prelación”, atribuyendo así importancia (a los efectos que nos ocupan) a la previsión de apertura de un procedimiento concursal previamente prevista. En otras palabras; la competencia queda anclada en la del Estado miembro que inicia por primera vez el procedimiento de insolvencia, ejerciendo la pertinente apreciación discrecional sobre el COMI. Un aspecto de primordial importancia lo representa el hecho de que los Tribunales de otros Estados miembros no puedan poner en cuestión o impugnar esta decisión, por lo que la competencia sólo puede volver a discutirse a través de los recursos judiciales previstos por el Derecho procesal del Estado que abrió el procedimiento (y reconoció su así su jurisdicción).

23. Ante la posible resultante de que la evaluación quedase sustraída de las valoraciones jurídicas del operador individual, quien, si intentara calificar el criterio a la luz de la *lex fori*, correría el riesgo de poner en peligro la aplicación uniforme del Reglamento, el Tribunal insistió firmemente en la objetividad y la obligación de ser reconocible tal jurisdicción competente por parte de terceros de los elementos a considerar para identificar el lugar de los intereses principales, luego no se decantó por una concepción tan tajante ni definitiva. En este sentido, se apoyó en otra doctrina distinta al art. 3.1 del Reglamento debe interpretarse a la luz de la *lex concursus*. De hecho, no podríamos hablar de los intereses del deudor a través de una simple localización espacial, dado que estos varían según los sujetos directa o indirectamente involucrados en un procedimiento concursal. En definitiva, el art. 3.1 se referiría a nociones jurídicas de derecho sustantivo que se determinarán según la Ley de quiebras del Estado de apertura. Sin embargo, la doctrina no comparte esta opinión, también a la luz de la opción hermenéutica defendida por el Tribunal de Justicia. Por tanto, es necesario dar una interpretación más acorde con las disposiciones legislativas, considerando que se trata de una noción económica de carácter fáctico, cuya verificación puede depender, sin embargo, de apreciaciones jurídicas.

24. El Reglamento 848/2015 abordaría posteriormente de modo expreso la cuestión desde diferentes ángulos de perspectiva: en primer lugar, la disposición a que se refiere el art. 4 (“Verificación de competencia”), que establece que “el Juez que conozca de una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia comprobará de oficio su competencia conforme al art. 3”. El deudor o cualquier acreedor podrá recurrir ante el Juez la decisión de abrir los principales procedimientos de insolvencia por razones de jurisdicción internacional. De nuevo destaca la disposición introducida con el art. 3, apartados 1 y 2: se trata de una disposición derogatoria respecto de la regla general presuntiva según la cual, salvo prueba en contrario, el COMI debe identificarse con el lugar donde se encuentra el domicilio social del deudor. En particular, se prevé que la presunción en cuestión sólo se aplicará si el domicilio social no se ha trasladado a otro Estado miembro dentro del período de tres meses anterior a la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia. Por lo tanto, si realmente se produjo una transferencia de COMI en este “período marco”, la presunción anterior no puede aplicarse, con la consiguiente integridad de la investigación pertinente por parte del Juez en cuestión.

25. El Juez de Luxemburgo intervino por lo tanto notoriamente en su jurisprudencia hasta momentos previos a la adopción del nuevo Reglamento, como lo hizo por ejemplo especificando en diversos fallos la noción y alcance del COMI, y la indudable influencia de sus aportaciones en el modo en que el Reglamento 2015/848 mejoró su régimen en comparación con su norma precedente. Estas aportaciones, si bien no exentas de la contingencia casuística propia a todo desarrollo jurisprudencial atemperaron en cierto modo las dudas acabadas de ver. Así, el precepto contenido en la redacción del art. 3.1 cabría interpretarse como facilitador de la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio se ha abierto el procedimiento de insolvencia se vean adquirir la competencia para conocer de una acción revocatoria por insolvencia dirigida contra un demandado cuyo domicilio social se encuentra en otro Estado miembro. Aportaciones de la época ligadas al Reglamento del 2000, pero con un decisivo impacto en la posterior normativa las tenemos en las sentencias Seagon de 2009 o Interdil de 2011.

26. En referencia a la competencia del Estado en cuyo territorio se abre un procedimiento de insolvencia, el TJUE ha establecido un principio de especial relevancia en cuanto a la aplicación del Reglamento relativo a los procedimientos de insolvencia transfronterizos cuando se trate de un deudor demandado (en el caso especial, por vía de revocación) con residencia en un tercer país. El TJUE abordó en parte esta laguna en el la sentencia *Seagon*⁷. En tal asunto la referencia regulatoria aplicable *ratione temporis* era el Reglamento UE 1346/2000. Cabe señalar que, durante la vigencia del Reglamento UE 1346/2000, la ausencia de una norma sobre competencia relativa a las acciones accesorias había dado lugar a numerosos problemas de interpretación. Mediante el citado pronunciamiento prejudicial se confirmaría por tanto la convicción, según la cual, la competencia del Juez que hubiese abierto el procedimiento de insolvencia (en la especie un órgano jurisdiccional alemán), se extendería a la acción revocatoria de un acto jurídico de menoscabo patrimonial de la entidad concursada, conforme al Derecho alemán (*Insolvenzordnung*), ejercida por el síndico o administrador concursal con vistas exclusivamente a la defensa de la masa de acreedores (y que, por motivos de insolvencia, se dirigía contra un demandado que tiene su domicilio social en otro Estado miembro). El Tribunal de Justicia consideró que la concentración de todas las acciones directamente relacionadas con la insolvencia de una empresa ante los Tribunales del Estado miembro competente para la apertura de procedimientos de insolvencia cumplía el objetivo de mejorar la eficiencia y la rapidez de la insolvencia. procedimientos. Por esta razón, el Tribunal de Justicia considera que el art. 3 del Reglamento de 1346/2000 también conferiría competencia internacional al Estado miembro en cuyo territorio se abrió el procedimiento de insolvencia para conocer de las acciones que se deriven directamente de este procedimiento y que se ajusten estrechamente a él⁸.

27. Por lo que atañe al segundo fallo, *Interdil*⁹, una sociedad italiana había trasladado su domicilio social al Reino Unido, conservando al mismo tiempo un determinado número de activos inmobiliarios en Italia. Mientras se realizaba la transferencia, se solicitó al Juez italiano que declarara la empresa en quiebra. Este último consideró que, teniendo en cuenta el traslado de su administración central, los Tribunales con competencia en materia de insolvencia son los del lugar del nuevo centro de sus principales intereses, es decir, el Reino Unido. A continuación, se preguntó al Tribunal de Casación italiano sobre la competencia de los tribunales italianos para declarar la quiebra en cuestión, a la luz del precepto contenido en el art. 3.1 del Reglamento 1346/2000, relativo a los procedimientos de insolvencia, que establece una presunción a favor del domicilio social, como elemento principal para determinar la localización de los intereses principales de los deudores, y por tanto de los Tribunales competentes en materia concursal. Mediante auto de 2005, el Tribunal de Casación confirmó la competencia de los Tribunales italianos porque la presunción establecida en el art. 3.1 de dicho Reglamento queda desvirtuada, en el caso de *Interdil*, debido a varias circunstancias de hecho que revelan que la empresa, aunque establecida en el Reino Unido, sigue vinculada al territorio italiano. Dudando de los criterios identificados por el Tribunal de Justicia en su citada sentencia *Eurofood*, sobre el concepto de COMI, el Tribunal de Bari planteó cuatro cuestiones preliminares. Se refieren esencialmente a cuatro aspectos de la definición de dicho concepto, a saber, la Ley según la cual debe definirse, las circunstancias de hecho relativas a la aplicación y la inversión de la presunción establecida por el art. 3.1 del Reglamento 1346/2000, la suficiencia de los elementos de hecho (bienes inmuebles, contratos de alquiler) que permiten refutar dicha presunción en el presente caso y el fondo de la competencia del Juez italiano, en el caso de que la orden del Tribunal de La casación sería contraria a lo dispuesto en el Reglamento 1346/2000.

⁷ STJUE de 12 de febrero de 2009 *Seagon* As 339/07

⁸ Para mayor profundización remitimos a Fabrizio RAVIDÀ, “Sull’applicabilità del reg. CE 44/2001 alle azioni revocatorie”, *Rivista di diritto processuale*, 2013, pp. 765 y sigs. Anticipa dicho autor que la norma a que se refiere el art. 6 del Reglamento 848/2015 aclaró definitivamente la atracción de las acciones caracterizadas por derivación e inherencia al ámbito de aplicación del Reglamento, eliminándolas del Reglamento 1215/2012, e introdujo una norma expresa sobre competencia. Sobre las incertidumbres interpretativas derivadas del mencionado vacío regulatorio. Con respecto a dicho particular, véase Laura CARBALLO PIÑEIRO, “Vis atractiva concursus y Reglamento europeo de insolvencia necesaria intervención del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Anuario de derecho concursal*, N.º 13, 2008, pp. 185-202.

⁹ STJUE de 20 de octubre de 2011 *Interdil* As 396/09

28. A continuación, el Tribunal de Justicia confirmó el carácter autónomo del concepto de COMI. Partiendo de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión Europea, confirmó que este concepto debe definirse independientemente de la legislación de los Estados miembros. Reconoció que el art. 3.1 del Reglamento 1346/2000 establecería una presunción en favor de la ubicación de la administración central, pero admite el carácter refutable de esta presunción en presencia de elementos objetivos y visibles para terceros que permitan identificar el lugar donde la empresa realiza habitualmente sus actividades. Para que la reversión tuviese éxito, la evaluación global de dichos elementos debería establecer de modo suficientemente claro que el centro de los principales intereses de la sociedad deudora se encontraba en otro lugar distinto del de su administración central. Sin embargo, el Tribunal destacó en el caso de *Interdil* que la presunción establecida en el art. 3.1 del Reglamento 1346/2000 debía privilegiarse debido al traslado de su domicilio social al Reino Unido, estableciendo así la competencia eventual de las jurisdicciones británicas.

29. Consiguientemente, las valoraciones jurídicas deparadas en los precitados pronunciamientos tendrían sólo un valor instrumental, ya que se refieren a la predeterminación del COMI. Por lo tanto, podemos afirmar que, para determinar el centro de los intereses principales de un deudor persona física, es necesario proceder con una evaluación fáctica de los intereses cualitativamente relevantes (según una lógica comparativa) y utilizar evaluaciones jurídicas sólo para calificar dichos intereses. Sin embargo, cuando sea necesario determinar el centro de los intereses principales de un deudor persona jurídica, además de lo anterior, se podrá invocar la presunción a que se refiere el art. 3.1 última parte del Reglamento. Se trata de una presunción simple, *juris tantum*, que hace coincidir el centro de intereses principales con la sede legal. La presunción puede ser superada con cualquier elemento relevante del caso, recayendo la carga de la prueba sobre quienes invocan el carácter ficticio de la sede estatutaria. Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de señalar que, cuando los órganos de dirección y de supervisión de una sociedad están situados en su domicilio social y las decisiones de gestión se adoptan en ese lugar, de forma reconocible para terceros, la presunción de que se convierte en *juris et de jure* y, por tanto, insuperable. Esta orientación también es aceptada por nuestra jurisprudencia, que precisa sin embargo que la presunción debe considerarse superable cuando el lugar de la administración principal no está situado en su sede legal. Esta presunción solo sería aplicable si el domicilio social no ha sido trasladado a otro Estado miembro en los tres meses anteriores a la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia. Ello plantea problemas de ubicación de los centros de intereses entre sociedades principales y filiales, para cuya aclaración la jurisprudencia apunta que “en el supuesto de que una sociedad cuyo domicilio social está situado en el territorio de un Estado miembro sea objeto de una acción tendente a que se amplíen a ella los efectos de un procedimiento de insolvencia abierto en otro Estado miembro respecto a otra sociedad establecida en el territorio de este último Estado, la mera constatación de la confusión de los patrimonios de estas sociedades no es suficiente para demostrar que el centro de los intereses principales de la sociedad objeto de dicha acción se encuentra también en este último Estado.

30. Para destruir la mencionada presunción, según la cual, el centro de actividad principal se encuentra en el lugar del domicilio social, es necesario que la apreciación global de todos los elementos pertinentes faculte acreditar que, de modo comprobable por terceros, el centro efectivo de dirección y de control de la sociedad a que se refiere la solicitud de ampliación se sitúa en el Estado miembro en que se ha incoado el procedimiento de insolvencia inicial, tal como quedó asentado en la sentencia *Rastelli* de 2011¹⁰. En este caso, se ponía en liquidación una empresa francesa, cuyo COMI radicaba en Marsella. El Administrador interpuso demanda contra otra sociedad italiana cuyo centro de intereses se encontraba en aquel país. Solicitó que esta última fuera acumulada en el procedimiento de insolvencia abierto contra la sociedad francesa por estar mezclados los bienes de ambas sociedades. El TJUE afirmó que “un Tribunal de un Estado miembro que ha abierto un procedimiento de insolvencia principal contra una empresa, considerando que el centro de los principales intereses del deudor está situado en el territorio de ese Estado miembro, puede, en virtud de una norma de su país derecho, unir a ese procedimiento a una

¹⁰ STJUE de 15 de diciembre de 2011 *Rastelli* As 191/10.

segunda sociedad cuyo domicilio social esté en otro Estado miembro sólo si se demuestra que el centro de los principales intereses de esa segunda sociedad está situado en el primer Estado miembro” (Considerando 29). En este pronunciamiento se fortaleció la noción en cuya virtud el COMI “debe identificarse con referencia a criterios objetivos y comprobables por terceros, a fin de garantizar la seguridad jurídica y la previsibilidad en la determinación del Tribunal competente para abrir el concurso principal actas” (Considerando 33), apuntándose además, la mera constatación de que los bienes de esas sociedades se han mezclado no basta para desvirtuar la presunción a favor del domicilio social (Considerando 39) ¹¹.

31. Finalmente, con un sentido sintetizador que anunciaba la siguiente etapa protagonizada por el Reglamento de 2015, la suprema judicatura de la UE afirmó que el Juez del Estado miembro donde esté abierto un procedimiento de insolvencia tiene igualmente competencia para entender de las acciones revocatorias ligadas a dicho proceso, aún el caso en que el demandado no tenga su domicilio en dicho Estado miembro puesto que, de no admitirse tal posibilidad, resultaría comprometido el principio de previsión de la competencia concursal que el Reglamento precisamente pretende poner en práctica, como asentase en la sentencia Schmid de 2014 ¹². En este fallo se vuelve a plantear nuevamente la interpretación del art. 3.1 del Reglamento 1346/2000 en el sentido de su alcance significa que los Tribunales del Estado miembro en el que se ha abierto el procedimiento de insolvencia cuentan con competencia jurisdiccional para conocer y resolver una acción de anulación de una transacción interpuesta contra una persona cuyo lugar de residencia no se encuentra dentro del territorio de un Estado miembro. Las inquietudes remitidas en vía prejudicial eran las expresadas por el síndico, designado en el procedimiento de insolvencia del deudor abierto en Alemania en 2007. Dicho liquidador interpuso una reclamación contra el demandado, que residía en Suiza, por tratarse de ciertas operaciones de disposición afincadas en la nación helvética que escaparían indebidamente al control de la insolvencia radicado en el Estado miembro. El recurso fue declarado inadmisibile tanto en primera instancia como en apelación, alegando que los Tribunales alemanes carecían de competencia internacional. El liquidador apeló a Tribunal Supremo Federal de Justicia de Alemania, quien con los precedentes del precitado 339/07 Seagon, quién determinó que el asunto deparaba una nueva dimensión acerca del alcance del art. 3.1 del Reglamento 1346/2000. Como vimos, en dicho asunto de 2006 el TJUE consideró que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro en el que abierto un procedimiento de insolvencia tiene competencia para conocer de una acción de anulación de una operación interpuesta contra una persona cuyo domicilio social se encuentra en otro Estado miembro. El Tribunal Federal reconoció, sin embargo, que aún no se había llegado a un juicio sobre si el art. 3.1 se aplicaría cuando el lugar de residencia o el domicilio social de la persona contra quien se haya interpuesto la acción presentado no fue un Estado miembro, sino un tercer país. Por lo tanto, el Tribunal Federal planteó la siguiente cuestión al TJUE, en los términos de si los Tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se haya iniciado el procedimiento de insolvencia sobre los bienes del deudor tienen competencia para decidir una acción para fijar una operación anulada en virtud de insolvencia que se ejercita contra una persona cuyo lugar de residencia, aun cuando el domicilio social no se encuentra en el territorio de un Estado miembro.

32. La respuesta remitida por el TJUE estipulaba que el art. 3.1 del Reglamento debía interpretarse en el sentido de que los Tribunales del Estado miembro en el que abierto un procedimiento de insolvencia serían igualmente competentes para conocer y resolver una acción conducente a anular o dejar de lado una transacción iniciada contra una persona cuyo lugar de residencia no se encuentra dentro del territorio de un Estado miembro. A tal efecto el TJUE señaló que el art. 3.1 disponía que los Tribunales del Estado miembro donde se ubicase el COMI tenían competencia para abrir procedimientos de insolvencia contra el deudor. En este caso, el COMI estaba en Alemania, pero el deudor residía en Suiza,

¹¹ Se asiste por tanto a una cierta “regla de prelación temporal”, la cual atribuiría así una máxima importancia, a los efectos que nos ocupan, a la previsión de apertura de un procedimiento concursal previamente efectuada. Por tanto: “La decisión del Juez que inicia por primera vez el procedimiento debe ser reconocida en los demás Estados miembros, sin que éstos tengan derecho a someter esta decisión a evaluación”. Este concepto entraría con tal redacción para incorporarse en el Considerando 65 del Reglamento 848/2015.

¹² STJUE de 16 de junio de 2014 Schmid As 328/12.

país tercer. La cuestión era si la aplicación del Reglamento se limitaba a los casos en que los elementos transfronterizos afectaban únicamente a los Estados miembros. El Tribunal de Justicia consideró que esta interpretación no resultaba del tenor de las disposiciones del Reglamento. Según el Considerando 14 obrante en la Exposición de Motivos del Reglamento, su aplicación sólo queda excluida cuando el COMI del deudor está situado fuera de la UE. Y aunque algunas disposiciones del Reglamento (como las relativas a los derechos de propiedad en virtud del art. 5.1) exigen la existencia de factores de conexión entre dos Estados miembros, otras disposiciones no tienen restricciones expresas de este tipo.

33. Las limitaciones no lo serían sólo en lo geográfico, sino en lo temporal. Así, en términos, por ejemplo, de transitoriedad de la norma, si se operase una interpretación tan estricta, el entonces art. 43 del Reglamento de 2000 (equivalente al actual 85 del Reglamento de 2015) sería superfluo, ya que aquél disponía específicamente que la mencionada normativa no sería de aplicación en ningún Estado miembro en la medida en que fuera inconciliable con cualquier otro convenio sobre quiebras que un Estado miembro pudiera haber celebrado antes de que el Reglamento entrara en vigor. Más concretamente, el Tribunal de Justicia consideró que la aplicabilidad del art. 3.1 no podía depender de la existencia de un vínculo transfronterizo con otro Estado miembro porque el COMI del deudor debía determinarse en el momento en que se había presentado la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia previamente interpuesto. En esta etapa inicial del proceso de insolvencia, no estaría claro si existía algún elemento transfronterizo. No sería posible posponer la determinación del Tribunal competente hasta que se establecieran estas cuestiones. Acceder a dicha posposición frustraría los objetivos de mejorar la eficiencia y eficacia de los procedimientos de insolvencia transfronterizos. El Reglamento también proporcionaría en este sentido la necesaria seguridad jurídica, al ser bien sabido que el COMI es el criterio establecido para determinar la competencia jurisdiccional; por tanto, al ser previsible tal jurisdicción para cualquier demandado que participara en transacciones con el deudor, igualmente tendrían aquéllos en todo momento consciencia de que dichas transacciones podrían eventualmente con posterioridad ser anuladas en un contexto transnacional de insolvencia. Es así como en el dispositivo del fallo el TJUE admite que “los Tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se ha abierto el procedimiento de insolvencia tienen competencia para conocer de una acción revocatoria por insolvencia contra un demandado cuyo domicilio no se encuentre en el territorio de un Estado miembro”.

34. En particular, con la sentencia definitiva en el asunto Schmid, el Tribunal afirmó que el Juez del Estado en cuyo territorio se abre el procedimiento de insolvencia es competente para las acciones de caducidad, incluso si el demandado no está domiciliado en un Estado miembro. Es bueno precisar que la presencia de la citada *vis attractiva* no implica recurrir la acción accesoria directamente al Tribunal que abrió el procedimiento de insolvencia, sino a todos los Jueces del Estado miembro en cuyo territorio se inició el procedimiento de insolvencia, dejando luego el reparto de la competencia territorial. El procedimiento iniciado en aplicación del Reglamento (suponiendo la existencia del COMI en un Estado miembro) tiene alcance universal y tiende a incluir todos los bienes del deudor, incluso si se encuentran en terceros Estados, como por ejemplo en el caso de los bienes registrados en terceros países, o de diversos tipos de activos ubicados en territorio no europeo, como cuentas corrientes o depósitos. Por el contrario, si el COMI del deudor no puede considerarse ubicado en territorio europeo, el Reglamento no se aplicará, incluso si el deudor/empresa tiene establecimientos/oficinas en la UE, o bienes inmuebles y/o muebles de su propiedad se encuentran allí.

35. La norma en cuestión ha aclarado definitivamente la atracción de las acciones caracterizadas por su derivación e inherencia al ámbito de aplicación del Reglamento de insolvencias en su nueva redacción, eliminándolas del Reglamento 1215/2012, e introduciendo una norma expresa sobre competencia. En concreto, la normativa europea en cuestión vendría a confirmar la atribución al Estado en el que se abre un procedimiento de insolvencia una competencia exclusiva para todas aquellas acciones que se deriven directamente de dicho procedimiento, así como para todas las acciones estrictamente relacionadas con el mismo, con independencia de que el curador o administrador es demandante o demandado, o por la ubicación del domicilio del demandado.

2. Evolución normativa tras la adopción del Reglamento 848/2015 y eventuales colisiones con otras normas del DIPr de la UE

36. La definición correcta del centro de intereses principales fue objeto de acalorados debates, propiciados por los pronunciamientos jurisprudenciales habidos con respecto a la anterior normativa de 2000. Por lo tanto, se destacó en su momento que la propuesta de nuevo Reglamento, presentada al Parlamento Europeo y al Consejo, debería haber sugerido criterios más adecuados para definirlo¹³. La propuesta modificó tanto el art. 3 párrafo 1 del Reglamento 1346/2000 que el Considerando núm. 13, adaptándolo a las recientes sentencias del Tribunal de Justicia. La propuesta confirma la idea de que la definición del COMI debe determinarse teniendo en cuenta dos objetivos a menudo contradictorios: la previsibilidad del foro por parte de los acreedores (que deben poder identificarlo) y la necesidad de que el procedimiento esté establecido en el lugar que tenga la conexión más estrecha con la realidad económica. El Reglamento parece haber aceptado plenamente las directrices de la propuesta. En primer lugar, se señala que las disposiciones de este Reglamento relativas a la competencia sólo establecen la competencia internacional, es decir, designan el Estado miembro en el que los Jueces pueden abrir un procedimiento de insolvencia. La competencia territorial del Estado miembro debe estar determinada por su derecho internacional. Desde este punto de vista, por tanto, el antecedente lógico no cambia: el Reglamento se ocupa únicamente de la competencia internacional, dejando la determinación de la competencia interna al Derecho nacional.

37. El Reglamento UE 848/2015 (conocido asimismo como el “Reglamento Refundido” sobre insolvencia transfronteriza) ha ampliado el ámbito de aplicación del Reglamento anterior al objetivo declarado de promover el salvamento y la continuidad de la empresa, interviniendo en aspectos especialmente importantes, como la coordinación entre los procedimientos principales y secundarios. En cuanto al ámbito de aplicación, el Reglamento actualmente en vigor ha ampliado el ámbito de aplicación del anterior Reglamento UE 1346/2000, incluyendo no sólo los procedimientos de liquidación *latu sensu* (como, en primer lugar, la quiebra), sino más específicamente los procedimientos generales¹⁴. La Comisión Europea no dejó de aprovechar este contexto para hacer constar su peso institucional en esta, si se quiere, nueva dimensión de la insolvencia al margen de una mera visión ligada a la liquidación y a los intereses de los acreedores, sino que plantea asimismo horizontes de viabilidad y salvamento de las empresas en crisis¹⁵.

38. Como parece evidente, tal ampliación de perspectiva permite incluir en el ámbito de aplicación de la legislación de la UE en materia de insolvencia todos aquellos procedimientos encaminados

¹³ La producción científica suscitada por el nuevo Reglamento 848/2015 fue en su momento muy abundante y con altas expectativas puestas en el nuevo instrumento. A título de remisión encontramos L. SAUTONIE-LAGUIONIE (*dir.*), *Le règlement (UE) n° 2015/848 du 20 mai 2015 relatif aux procédures d’insolvabilité, commentaire article par article*, éd. Société de législation comparée, 2015; R. DAMMANN, M. MENJUCQ, P. ROUSSEL GALLE, “Le nouveau Règlement européen sur les procédures d’insolvabilité”, *RPC*, 2015/1-2; F. JAULT-SESEKE, D. ROBINE (*dirs.*), *Le nouveau règlement insolvabilité : quelles évolutions ?*, Joly-Lextenso, 2015; L.C. HENRY, “Le nouveau règlement «insolvabilité»: entre continuité et innovations”, *Dalloz.*, 2015/17, pp. 979-987; J. HEYMANN, “Le nouveau règlement relatif aux procédures d’insolvabilité: le changement dans la continuité”, *Europe*, 2015/12; J. L. VALLENS, “Le règlement (UE) n° 2015/848 du 20 mai 2015: une avancée significative du droit européen de l’insolvabilité”, *RLDA*, 2015/106, pp. 17 sigs; P. DE CESARI, G. MONTELLA, *Il nuovo diritto europeo della crisi d’impresa. Il Regolamento UE n. 2015/848 relativo alla procedura di insolvenza*, Torino, 2017, pp. 73 y sigs; P. FAZZINI, “Promulgato il nuovo regolamento (UE) n. 2015/848 sulle procedure di insolvenza transfrontaliere: principali profili di riforma”, *DCInt*, 2015, pp. 907 y sigs.

¹⁴ Tal como se expresa en el art. 1 párrafo 1º: “Los procedimientos públicos de insolvencia, incluidos los procedimientos provisionales, que se regirán por las normas concursales y en los que, a efectos de salvamento, reestructuración de deudas, reorganización o liquidación, a) se despoja al deudor de todo o parte de sus activos y se nombra un administrador concursal,

b) los bienes y negocios de un deudor están sujetos al control o supervisión de un Juez,

o c) un Juez o la ley concede una suspensión temporal de las acciones de ejecución individuales para permitir las negociaciones entre el deudor y sus acreedores, siempre que los procedimientos para los cuales se concede la suspensión prevean medidas apropiadas para proteger a la masa de acreedores y, si no se ha llegado a un acuerdo, son previas a uno de los procedimientos previstos en las letras a) o b)”.

¹⁵ Tenemos así la aportación de S. PACCHI, “La raccomandazione della Commissione UE su un nuovo approccio all’insolvenza anche alla luce di una prima lettura del Regolamento UE 848/2015”, *Giust. Civ.*, 2015, pp. 537 y sigs.

a la recuperación de la empresa en crisis, mediante reestructuración de deuda o acuerdo con acreedores, en el marco del control de un profesional específicamente designado por el Tribunal competente. Estos procedimientos se indican nominalmente, con referencia a cada Estado miembro, en el anexo A del Reglamento actual. Al respecto cabe señalar que una mayoría de Estados miembros han recogido prácticamente todos los procedimientos previstos y regulados por la legislación nacional en materia de insolvencia, como la quiebra, el convenio de acreedores, la liquidación administrativa forzosa, la administración extraordinaria, los acuerdos de reestructuración, los procedimientos para la solución de la crisis de sobreendeudamiento de los consumidores (convenio o plan) o los procesos de liquidación de activos. Por tanto, si un procedimiento de insolvencia nacional no se menciona en el anexo A, el Reglamento 848/2015 no será de aplicación en referencia al mismo. Ahora bien, renunciando a cualquier objetivo cercano a la armonización del Derecho material, los Reglamentos comunitarios que se han sucedido en materia de insolvencia han construido un sistema inspirado en el llamado universalidad atenuada, previendo a tal efecto normas de conflicto uniformes y prevalecientes también sobre las previstas por el derecho internacional privado de los Estados miembros, de modo que “disuadan a las partes de transferir bienes o procedimientos judiciales de un Estado a otro con el fin de obtener una mejor situación jurídica”, o con otras palabras, el siempre inquietante *forum shopping*.

39. El sistema prevé la posibilidad de iniciar múltiples procedimientos de insolvencia contra el mismo deudor en varios Estados miembros, así como de abrir un único procedimiento de carácter “universal” en el lugar donde el deudor tenga el centro principal de sus intereses. Como exige el art. 3 del Reglamento 848/2015, la competencia para abrir un procedimiento de insolvencia (tal como se determina conforme al citado Anexo A) corresponde a los Jueces del Estado miembro en cuyo territorio se encuentre el COMI. Por tanto, el ámbito de aplicación del Reglamento 848/2015 juega un doble papel, dado que, por un lado, el COMI sigue determinando en qué casos es aplicable el Reglamento, proporcionando una definición, y por otra, indica qué Estado miembro tiene la “competencia jurisdiccional internacional” (según el art. 3 como norma esencial) para la apertura del procedimiento principal.

40. En aplicación de lo que se acaba de ilustrar, el Reglamento sólo se aplicará a los procedimientos de insolvencia relacionados con deudores que tengan el centro de sus intereses principales dentro de la Unión Europea. Siempre según lo establecido por el art. 3 en cuestión, “el centro de intereses principales es el lugar donde el deudor ejerce la gestión de sus intereses de forma habitual y reconocible por terceros”. En lo que respecta a la identificación del COMI, para las empresas y personas jurídicas en general es válida la presunción de que dicho lugar coincide con el domicilio social. La validez de la citada presunción “hasta que se demuestre lo contrario” significa que prevalece el centro real y efectivo de los intereses principales, cuando esté adecuadamente demostrado. Esto plantea una serie de consideraciones de especial importancia para el sector marítimo: en primer lugar, cuando la empresa tiene su domicilio social y sede administrativa efectiva en un Estado miembro, no cabe duda de que debe aplicarse el Reglamento, de forma que el procedimiento así establecido debe incluir universalmente todos los bienes de este deudor, incluso si se encuentran físicamente en terceros países. A renglón seguido, si una empresa con domicilio social en un tercer país lleva a cabo la administración de sus intereses en territorio de la UE, el Reglamento seguirá siendo aplicable. Además, si el COMI está situado fuera de la UE, el Reglamento no tendrá que aplicarse ni siquiera a ningún otro procedimiento iniciado en los Estados miembros debido a la concomitancia de otros criterios de conexión (como la presencia de un establecimiento y/o activos en el lugar).

41. En consecuencia, si el domicilio social y la gestión administrativa no coinciden, en teoría podría producirse un conflicto entre las jurisdicciones implicadas respecto de la correcta identificación del COMI (de modo que se produzcan conflictos de competencia, positivos o negativos, o incluso el no reconocimiento de la jurisdicción de otro Estado), con consecuencias directas en términos de extraterritorialidad de las medidas adoptadas en el marco del procedimiento objeto de la solicitud de reconocimiento. Finalmente, con referencia a los estados miembros de la Unión Europea, el Reglamento 848/2015 prevalece sobre cualquier disposición nacional adoptada.

42. La absoluta centralidad del tema en cuestión respecto de los supuestos de insolvencia transfronteriza resulta claramente evidente, también por la mencionada posibilidad de anular la presunción según la cual el COMI coincide con el domicilio social. Como resultado de la elaboración pretorial pasada, es más probable que los Tribunales de los Estados miembros hagan valer su jurisdicción, en lugar de negarla. Se trata de un elemento de indudable importancia operativa a efectos de identificar qué Tribunal tiene competencia para determinar el COMI en caso de interpretaciones contradictorias por parte de Jueces de diferentes Estados que puedan ser simultáneamente con dicha evaluación (lo que bien podría ocurrir en el caso de interponer recursos ante diferentes jurisdicciones, con la posibilidad de interpretaciones contradictorias de un concepto clave, por su naturaleza variable y estrictamente ligado a elementos fácticos).

43. El art. 3.1 establece ahora que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio se encuentra el COMI del deudor son competentes para abrir un procedimiento de insolvencia, pero inmediatamente después también establece que dicho COMI corresponde al lugar donde el deudor ejerce la gestión de sus intereses de forma habitual y reconocible para terceros. En este segundo incidente, el legislador adapta el artículo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y recuerda al operador los dos requisitos que debe verificar en la valoración fáctica del centro de intereses principales. Con su nueva configuración, el apartado 1 del art. 3 añade que, para las sociedades y las personas jurídicas, se presume que el centro de los intereses principales es, mientras no se demuestre lo contrario, el lugar donde se encuentra el domicilio social. Desde esta perspectiva, el Reglamento afirma la conexión más estrecha con la realidad económica que, para las empresas, es el domicilio social. Sin embargo, inmediatamente después se dice que esta presunción sólo se aplica si el domicilio social no se ha trasladado a otro Estado miembro dentro del período de tres meses anterior a la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia. El legislador introduce aquí una excepción a la presunción, que permite imaginar una especie de prórroga o ampliación jurisdiccional retroactiva. En esta hipótesis, de hecho, es lógico imaginar que se produzca nuevamente el tristemente conocido fenómeno del *forum shopping*, el cual el Reglamento busca prevenir mediante herramientas que no habían sido previstas en el pasado.

44. Aparte, se diseñan más innovaciones en el Reglamento para las personas físicas, especialmente para cubrir las lagunas previstas por el Reglamento 1346/2000. De hecho, se dice que para las personas físicas que desarrollan una actividad empresarial o profesional independiente, se supone, salvo prueba en contrario, que el centro de intereses principales es el lugar donde se encuentra la sede principal de la actividad. En consecuencia, para las personas físicas se aplica el criterio del lugar de negocios, para las demás personas físicas se supone que, salvo prueba en contrario, el centro de sus principales intereses es el lugar en el que la persona tiene su residencia habitual. A diferencia de las personas jurídicas y de las personas físicas que desarrollan una actividad empresarial o profesional, el legislador establece que las personas físicas tienen el centro de sus principales intereses en el lugar donde se encuentra su residencia habitual. Esto pone de relieve el objetivo de previsibilidad para los acreedores del foro en detrimento de la conexión con la realidad económica, ya que es posible, incluso para personas físicas que no ejercen una actividad empresarial o profesional, que el principal centro de intereses sea situado en lugar distinto de la residencia habitual.

45. La presunción, que también admite prueba en contrario, sólo se aplica si la residencia habitual no ha sido trasladada a otro Estado miembro dentro del período de seis meses anterior a la fecha de apertura del procedimiento de insolvencia. Por tanto, una excepción que opera por un período de tiempo más largo que las personas jurídicas y las personas físicas que desarrollan una actividad empresarial o profesional. De hecho, su actual marco de presunciones encuentra su razón en evitar la búsqueda de foros engañosos o fraudulentos. Además, el Reglamento recomienda superar toda presunción cuando, en el caso de una sociedad, la administración central está situada en un Estado miembro distinto del del domicilio social y una evaluación global de todos los elementos pertinentes permite establecer, de manera reconocible por terceros, que el centro real de dirección y control de la propia sociedad, así como de la gestión de sus intereses estén situados en ese otro Estado miembro.

46. En el caso de personas físicas que no ejercen una actividad empresarial o profesional independiente, esta presunción debe ser rebatible, por ejemplo, si la mayoría de los bienes del deudor se encuentran fuera del Estado miembro de residencia habitual del deudor, o si puede debíase establecerse que el motivo principal del traslado era abrir un procedimiento de insolvencia dentro de la nueva jurisdicción y si la apertura de ese procedimiento pondría en grave peligro los intereses de los acreedores cuyas relaciones con el deudor habían tenido lugar antes del traslado. Parece claro que la voluntad del legislador es guiar al intérprete hacia refugios más seguros para identificar el COMI. Mediante una cierta evaluación fáctica de este centro (evaluación realizada según una lógica comparativa de intereses cualitativamente relevantes) el legislador intenta proporcionar al intérprete las herramientas que el Reglamento 1346/2000 no preveía. Una mejor definición del centro de principales intereses, una nueva definición para dos tipos diferentes de personas físicas, presunciones que pueden probarse en contrario y casos en los que las presunciones no se aplican son las novedades en cuanto a la definición del centro de principales intereses.

47. Sin embargo, procede una aclaración sobre la interpretación que debe darse a las excepciones previstas a la presunción. De hecho, el legislador comunitario utiliza una proposición prescriptiva compleja donde afirma que tal presunción se aplica sólo si no (...). Esto significa que sólo cuando dentro de los tres meses anteriores (seis meses en el caso de personas físicas) no se haya producido ningún cambio de domicilio social, lugar principal de actividad o residencia habitual, se aplica esta presunción. ¿Pero cuál sería el Foro competente cuando se hubiese producido un cambio de domicilio social, de establecimiento principal o de residencia habitual? Una lectura interpretativa, coherente con las intenciones perseguidas por el Reglamento, debería poder afirmar que en caso de desplazamiento tal presunción no operaría.

48. Añádase que el Reglamento de 2015 introduce otras tres postreras innovaciones en materia de competencia. La primera se refiere a la verificación de la competencia. A este respecto, el art. 4 establece que el Juez ante el que se interponga una demanda de apertura de un procedimiento principal de insolvencia debe examinar de oficio su propia competencia jurisdiccional, y motivarla en la resolución en la que acuerde la apertura del procedimiento. En ausencia de tal pronunciamiento, los Estados miembros pueden contradecir al administrador del procedimiento sobre si dicho Estado es competente en el sentido del art. 3 del Reglamento, en cuyo caso deberá explicitar en la decisión de apertura las razones que fundamentan la competencia jurisdiccional del Juez que ha sido llamado a entender de la causa.

49. La segunda versa a propósito de la impugnación de la decisión de apertura del procedimiento de insolvencia principal. Aquí el art. 5 precisa que el deudor y los acreedores pueden impugnar la decisión de apertura del procedimiento por motivos de falta de competencia jurisdiccional (teniendo en cuenta que la Ley del Foro podría no obstante extender la impugnación a otras partes y por motivos distintos). Esta posibilidad se sacaba anteriormente por interpretación del art. 13 de la anterior normativa (actual art. 16 en el vigente Reglamento 2015/848), lo que se pudo apreciar en la sentencia *Vynils Italia* de 2017, si bien ésta fue dictada aun con relación a la anterior normativa de 2000 y en un contexto que afectaba a la Gran Bretaña que había suscrito el referéndum del Brexit el año precedente¹⁶. En la especie, el TJUE revisó los conflictos que se suscitan en la defensa prevista en dicho art. 13 del Reglamento 1346/2000 cuando los liquidadores de una empresa italiana intentan reservar pagos que, de otro modo, estarían permitidos según la legislación inglesa y que en Italia se consideraban extemporáneos o posteriores a la declaración de insolvencia. La decisión en los asuntos *Vynils Italia SpA (Vynils)* y *Mediterránea di Navigazione SpA (Mediterránea)* examina el conflicto entre la Ley del Estado miembro en el que se abrió el procedimiento de insolvencia en virtud del art. 4.2 m) del Reglamento 1346/2000 para regular la conducta y el art. 13 del Reglamento 1346/2000. El art. 13 ofrece una barrera operativa ante el art. 4.2 m) al permitir que una persona se beneficie de un acto potencialmente perjudicial para los acreedores, si resulta que el acto no infringe la Ley que se pretende invocar de un Estado miembro distinto de aquel en el que se inició el procedimiento de insolvencia ya comenzado.

¹⁶ STJUE de 8 de junio de 2017 *Vynils Italia* As 54/16.

50. En concreto, Vinyls y Mediterránea, dos empresas registradas en Italia, celebraron un contrato de fletamento regido por la ley inglesa. Antes de que Vinyls entrara en Liquidación, Mediterránea realizó dos pagos importando en conjunto una importante suma de dinero. Los liquidadores impugnaron estos pagos de conformidad con la Ley italiana de insolvencia, alegando que Mediterránea sabía que los pagos se realizaron cuando Vinyls era insolvente. Sin embargo, Mediterránea intentó basarse en la defensa conforme al art. 13. En respuesta, los Liquidadores alegaron que el art. 13 preveía plantear una objeción procesal de conformidad con la Ley italiana, alegando que Mediterránea planteó su defensa del art. 13 fuera de plazo. El Tribunal italiano remitió el caso al TJUE para que considerara tres cuestiones: en primer lugar, qué normas procesales de los Estados miembros rigen la aplicación del art. 13; en segundo lugar, si al demandado que invoca el art. 13 le incumbe la carga de demostrar que el Estado miembro en donde rige el acto no tiene medios para impugnarlo, o caso de existir medios, que las condiciones no se cumplen en función de los hechos del caso; y en tercer lugar, si debe invocarse una cláusula de competencia contractual cuando una empresa está establecida en un Estado miembro diferente. En relación con cada una de estas tres cuestiones, el TJUE se decantó en los términos que expresamos seguidamente.

51. Sobre las normas procesales, como el art. 13 no contiene disposiciones procesales, el TJUE dictaminó que dichas disposiciones deben ser establecidas por el Estado miembro en el que se ha iniciado el procedimiento. Por lo tanto, debería aplicarse el Derecho italiano para determinar las objeciones procesales de los liquidadores, específicamente la cuestión de los plazos. El art. 13 tiene como objetivo proteger los intereses legítimos de una persona que se ha beneficiado de un acto perjudicial para los acreedores y las normas procesales aplicadas no deben ser menos favorables que las leyes que regirían litigios similares en otros Estados miembros.

52. En segundo lugar, en lo que respecta a la carga de la prueba, el TJUE dictaminó que deben considerarse todas las circunstancias del caso al aplicar el art. 13 y que los beneficiarios no pueden interpretar de manera amplia el alcance del art. 13 a basarse en su defensa de manera abstracta sin aplicar los hechos específicos de su caso. Además, corresponde a la demandada, Mediterránea, la carga de la prueba de demostrar que su acto no infringiría la legislación del otro Estado miembro, en este caso la legislación inglesa.

53. En el último trimestre viene la cuestión de la subcontratación. El TJUE reconoció a las partes la libertad de elegir una jurisdicción para regir su contrato, ya sea diferente de su Estado miembro establecido, según el art. 3.1 del Reglamento Roma I 593/2008. Sin embargo, Vinyls y Mediterránea habían celebrado su contrato antes de la promulgación del Reglamento Roma I, que por tanto no era aplicable. En cambio, el TJUE dictaminó que se puede invocar el art. 3.1 de la Convención de Roma, un predecesor que contiene una disposición similar para cláusulas de jurisdicción y presente cuando se promulgó el Reglamento 1346/2000, obviamente su art. 13 incluido. En consecuencia, las partes podían basarse en la legislación de un Estado miembro diferente para regir su contrato, independientemente de que su empresa estuviera establecida en un Estado miembro diferente, siempre que no existiera intención fraudulenta o abusiva.

54. Una última referencia a las mejoras normativas la tendremos que dedicar al art. 6 tal como queda en el Reglamento 848/2015. Tal precepto se preocupa de precisar la competencia para el procedimiento de insolvencia cuando resulta imprescindible o determinante para las acciones directa o extrajudicialmente conectadas con aquél, como sucede por ejemplo con las acciones de índole revocatoria. Si una de tales acciones aparece conectada (en el sentido de que se haga oportuno un tratamiento unitario para evitar decisiones incompatibles) con una acción en materia civil o mercantil contra el mismo demandado, el administrador del procedimiento de insolvencia puede obtener la reunificación de todas las acciones ante el Juez del Estado miembro donde ese demandado (o si son varios demandados, alguno de ellos) tenga el domicilio, siempre y cuando ello resulte competente con las reglas de competencia general determinadas en el Reglamento Bruselas I bis, y por ende resulte indudablemente respetado el carácter específico de la normativa ahora analizada sobre insolvencia transfronteriza.

IV. Evoluciones en la noción de dependencia a efectos de competencia en los procedimientos secundarios de insolvencia

55. La dependencia es el segundo criterio por el cual se define la jurisdicción internacional en materia de insolvencia, resultando determinante con respecto a los posibles procedimientos secundarios que pudieran plantearse. Ha de saberse que, junto al procedimiento principal el sistema normativo de la UE en materia de insolvencia transfronteriza admite, en la medida en que con ello contribuya a realizar una gestión más eficaz de la masa concursal, que puedan abrirse de modo sucesivo procedimientos secundarios (entiéndase de liquidación) en algún otro Estado miembro, sin que en este último Estado pueda examinarse la insolvencia del deudor. Se precisará además que dicho deudor cuente con arraigo en el territorio de tal Estado, además de respetarse la precisión en virtud de la cual los efectos de los procedimientos secundarios que así se verifiquen quedarán en todo caso limitados a los bienes del deudor que se encuentren en el territorio de este segundo Estado (arts. 3.2, 3.3 y 34 y siguientes).

56. En cualquier caso, se estima que los procedimientos secundarios, que se basan en la noción de dependencia, representan una estrategia fácil para los acreedores para distorsionar la igualdad de condiciones. Por lo tanto, antes de abrir un trámite principal, las hipótesis de apertura de uno o más trámites secundarios deben estar ancladas a un parámetro rígido. Estas cuestiones han sido debatidas, con relación al Reglamento 1346/2000, en el que parece ser el único fallo específico emitido al respecto por la alta judicatura europea, identificado con la sentencia *Alpine Bau* de 2021¹⁷. Respecto a la misma se pone de relieve que, según el art. 32.2 del antiguo Reglamento 1346/2000, “los síndicos del procedimiento principal y de los eventuales procedimientos secundarios presentarán en otros procedimientos las reclamaciones que ya hayan sido interpuestas en el procedimiento para el que fueron designados, siempre que los intereses de los acreedores de este último se notifica el procedimiento, sin perjuicio del derecho de los acreedores a oponerse a ello o a retirar la presentación de sus créditos cuando así lo establezca la ley aplicable”. El Reglamento 1346/2000 no establecería expresamente el momento en que las reclamaciones ya presentadas en el procedimiento para el que se ha designado un síndico deben presentarse en otros procedimientos similares. Dicho esto, su art. 4, a efectos del procedimiento principal, y su art. 28, a efectos del procedimiento secundario, aclaran que, salvo disposición en contrario del Reglamento, la Ley del Estado en el que se abre el procedimiento (*lex concursus*) se aplicará a todos los procedimientos. Por este motivo, y para aclarar tales postulados, un Tribunal esloveno preguntó al Tribunal de Justicia si el síndico del procedimiento de insolvencia principal tramitado en Austria, que pretende presentar, en un procedimiento secundario seguido contra el mismo deudor en Eslovenia, créditos que ya había presentado en el procedimiento anterior, está sujeto a los plazos (y a las consecuencias del incumplimiento de dichos plazos) establecidos en la legislación eslovena. Una interpretación diferente que también tuvo en cuenta el órgano jurisdiccional remitente consiste en la idea de que el Reglamento establece, en el art. 32.2, un derecho especial del síndico a presentar créditos en otros procedimientos de insolvencia sin estar sujeto a ningún límite temporal. Otra interpretación parecía respaldada implícitamente por el síndico del procedimiento principal de insolvencia en las observaciones escritas. Según esta interpretación, los plazos para presentar reclamaciones en cualquier otro procedimiento se determinan con arreglo a la *lex concursus* del litigio principal.

57. En esencia, el TJUE dictó sentencia considerando que el art. 32.2 del Reglamento 1346/2000 habría de ser, interpretado en conexión con los arts. 4 y 28 del Reglamento. Estas dos disposiciones no aparecían en la cuestión prejudicial, no obstante, el Tribunal aparentemente consideró necesario introducir las en su análisis de la cuestión interpuesta y, por consiguiente, en su respuesta (Considerando 26). Así las cosas, el art. 32.2 debía interpretarse en el sentido de que los plazos para la presentación de las reclamaciones y las consecuencias de presentarlas fuera de plazo se rigen por la ley del Estado en el que se abrió el procedimiento secundario (Considerando 42). La sentencia en sí es tanto más interesante cuanto que también aborda (Considerandos 34 a 40), y en última instancia rechaza, las otras dos interpretaciones mencionadas anteriormente (Considerando 41).

¹⁷ STJUE de 25 de noviembre de 2021 *Alpine Bau* As 25/20.

58. Debe entenderse que con carácter general no se puede abrir un procedimiento secundario en el caso en que no hubiera sido abierto previamente el procedimiento principal, tal como lo define el actual Reglamento 848/2015, que introduce algunas leves matizaciones a la anterior normativa del año 2000. Así la competencia también puede existir debido a la posesión por parte del deudor de una “dependencia” dentro de un Estado miembro (art. 3.2 del Reglamento 848/2015). Dado el contenido del art. 2, núm. 10, del Reglamento 848/2015, es posible deducir que un procedimiento concursal secundario bien puede iniciarse en una jurisdicción donde el deudor ya no tiene (entiéndase que en el momento del inicio del procedimiento) una dependencia conforme a lo anterior, siempre que se mantuvo allí hasta tres meses antes de la apertura del procedimiento principal. De conformidad con el art. 35, salvo disposición en contrario, al procedimiento secundario de insolvencia se le aplica la Ley del Estado miembro en cuyo territorio se abre, de modo que las reglas para la gradación de los créditos deben identificarse con base en esta legislación.

59. Se comprueba entonces que los matices deparados por la noción de dependencia aparecen muy abiertos y casuísticos. Efectivamente, aunque sólo con arreglo a determinadas condiciones (siempre que exista la dependencia que comporta el ejercicio de una actividad económica), y con anterioridad a la apertura del procedimiento principal, pueden iniciarse procedimientos en un lugar distinto a aquel donde esté situado el COMI del deudor. En tales circunstancias, semejantes procedimientos no tienen por qué ser necesariamente de liquidación, pudiendo por ejemplo tener por objeto el saneamiento de la empresa. El procedimiento territorial así instaurado está destinado a convertirse en un procedimiento secundario en el caso en que se abra con posterioridad un procedimiento de carácter principal (art. 50). Está prevista naturalmente la coordinación entre el procedimiento principal y los procedimientos secundarios, así como entre sus respectivos órganos y actores participantes (arts. 41 a 43).

60. Respecto de lo antes comentado, no se puede desdeñar el riesgo de que los procedimientos secundarios de insolvencia puedan obstaculizar, si no hacer del todo imposible, la gestión eficiente de la masa concursal; en evitación de tales perturbaciones, el Reglamento 2015/848 prevé igualmente la posibilidad de que el administrador de un procedimiento principal contraiga el compromiso de tratar a los acreedores locales tal como si el procedimiento local se hubiese abierto, pero sin abrirla de manera efectiva, formando en cambio una subcategoría de la masa concursal destinada a dichos acreedores locales (art. 36).

61. A este respecto se constata una evolución igualmente producida del Reglamento de 2000 al nuevo de 2015. El Reglamento 1346/2000 disponía que, si el centro de los intereses principales del deudor estaba situado en un Estado miembro, los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro sólo serían competentes para abrir un procedimiento de insolvencia contra el deudor si éste tiene un establecimiento en el territorio de otro Estado miembro. Este criterio permitía abrir procedimientos de insolvencia territorial en el Estado de dependencia del deudor, hasta que se abra el procedimiento principal; sin embargo, con ello se perdía el carácter universal del procedimiento. A diferencia de la noción de COMI, el Reglamento de 2000 la noción de dependencia, identificándola como cualquier lugar de operaciones en el que el deudor realizase una actividad económica con medios humanos y bienes de forma no transitoria.

62. La noción de dependencia fue causa de importantes debates en la elaboración del nuevo Reglamento. En efecto, la exclusión de cualquier posibilidad de que los procedimientos se iniciasen basándose en la mera presencia de los bienes del deudor, sin ninguna conexión funcional que constituyese una dependencia, era el resultado de una decisión deliberada: restringir el número de posibilidades, para los acreedores, obtener ventajas personales y estratégicas a través de procedimientos secundarios. La necesidad de dar una definición autónoma de adicción surgía también del riesgo de darle una interpretación restrictiva, puesto que el Reglamento general Bruselas I bis atribuiría de hecho una competencia especial al Juez local o del Foro para los litigios relativos al funcionamiento de una sucursal, agencia o cualquier otro lugar de actividad.

63. Para evitar que el concepto de dependencia coincida con la definición de rama, al redactar el nuevo Reglamento se proporcionó una definición independiente. Son tres los puntos de vista sobre los que el art. 2 del Reglamento se centra a partir de ahora: a) el lugar de operaciones en el que el deudor realiza su actividad; b) que dicho lugar lo sea de manera no ocasional; y c) existencia de una actividad económica frente a terceros. El primer requisito parece exigir que el deudor realice una actividad y la presencia de recursos en ese territorio. La segunda, sin embargo, parece exigir un carácter no transitorio de la actividad. Finalmente, el tercero parece requerir una actividad de cualquier naturaleza, susceptible de relevancia económica. En doctrina, se ha argumentado que la noción de dependencia plantearía, en un contexto interpretativo, los mismos problemas observados para la definición del centro de intereses principales. Los requisitos, dictados por el art. 2 del Reglamento, de hecho, no serían más que parámetros generales y abstractos. De ahí la necesidad de recurrir a valoraciones jurídicas o investigaciones fácticas, que dependen de la naturaleza del deudor. Tratándose de un deudor persona natural, se argumenta que la dependencia es un centro de intereses principales de alcance limitado; en el caso de un deudor persona jurídica, se recuerda una vez más el paralelismo entre sucursal y dependencia. Una cuestión generalizada a este respecto son las filiales de una empresa matriz y si éstas pueden caer dentro de la noción de dependencia. Si bien en la jurisprudencia se ha dado esta interpretación, en la doctrina se sostiene que el concepto de dependencia no es aplicable a entidades con personalidad jurídica como las empresas controladas. Además, la combinación presupondría un vínculo de subordinación, que no siempre puede ser conocido por terceros, quienes por tanto no tendrían derecho a subvertir la presunción del art. 3.2.

64. Todo ello conllevaría la grave consecuencia de no poder nunca someter a las sociedades controladas a los principales procedimientos de insolvencia, incluso cuando sería necesario centralizar la crisis en la sociedad matriz, de modo que las sociedades controladas serían siempre y sólo las destinatarias de los beneficios procedimientos secundarios de carácter liquidativo. En definitiva, nótese que los cambios realizados sobre el art. 3.2 del Reglamento 848/2015 con relación al mismo precepto del Reglamento 1346/2000. Se da una diferencia significativa en la definición de establecimiento, de modo que se éste para a considerarse cualquier lugar de operaciones en las que un deudor realiza o ha realizado en el período de tres meses anteriores a la solicitud de apertura del procedimiento concursal principal, de manera no transitoria, una actividad económica con medios y bienes humanos. Dada la referencia a esos mismos requisitos, identificados por el Reglamento 1346/2000, la novedad está representada por la extensión de la noción a los tres meses anteriores a la solicitud de apertura del procedimiento de insolvencia. La razón de ello puede encontrarse en el hecho de que, tras la apertura del procedimiento de insolvencia principal, el presente Reglamento no limita el derecho a solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia en el Estado miembro en el que el deudor tiene un establecimiento. Por tanto, hay razón para que exista un incidente capaz de extender la operación de la noción también a un momento inmediatamente anterior a aquel en el que se solicita el procedimiento concursal secundario. Sin embargo, se aclara que antes de la apertura del procedimiento de insolvencia principal, el derecho a solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia en el Estado miembro en el que el deudor tenga un establecimiento debe corresponder exclusivamente a los acreedores locales o a los acreedores del establecimiento local.

V. Otras mejoras operativas introducidas por la actual Reglamentación 848/2015

1. Cuestiones sobre publicidad, derecho de información de los deudores, procedimientos de coordinación y normativa sobre protección de datos

65. En el Capítulo II del actual Reglamento se contienen disposiciones relativas a la publicidad de la decisión de apertura del procedimiento de insolvencia¹⁸. El Reglamento 2015/848 es particularmente minucioso a este respecto, previendo la adopción de registros concursales en los que deben ser publicadas determinadas informaciones obligatorias (art. 24). Los Estados miembros deben posibilitar

¹⁸ Seguimos aquí principalmente a P. P. FERRARO, “Il sistema di pubblicità europeo delle insolvenze transfrontaliere”, *Dir. fall. e soc. comm.*, 2016, N°1, pp. 30 y sigs.

que el acceso a dichos registros sea gratuito (art. 26) por medio de un sistema de interconexión que garantice su acceso por medio del portal europeo de justicia electrónica; para ello se cuenta con la sustancial participación de la Comisión (art. 25).

66. El acreedor que resida en un Estado diverso del de donde se produzca la apertura tiene derecho a ser informado ya proponer su crédito para una correspondiente inclusión en el procedimiento ya abierto (arts. 53 y 54). Los arts. 56 y sigs. se encargan a regular los complejos avatares que suelen envolver las insolvencias de las sociedades que forman parte de los mismos grupos societarios. Asimismo, se establecen obligaciones de cooperación y comunicación entre administradores de los procedimientos de insolvencia con los Jueces (arts. 56 a 60).

67. Para volver más eficaz la gestión de los procedimientos de insolvencia, se prevé seguidamente la facultad de abrir procedimientos de coordinación en el seno de los grupos de sociedades a demanda del administrador y ante el Juez competente, así como a demanda del administrador de un procedimiento de insolvencia cuando la misma afecte a una sociedad del grupo (arts. 61 a 70). Se contempla en tales contextos la figura de un coordinador, que debe ser una persona de capacidad contrastada para desempeñar el papel de administrador en los procedimientos de insolvencia, y al mismo tiempo, debe ser una persona distinta de aquellas expresamente designadas como administradores en los procedimientos de insolvencia que afecten a las diversas sociedades del grupo afectado (arts. 71 a 77).

68. Por su parte, los arts. 78 y sigs. del Reglamento contemplan obligaciones en materia de protección de datos también por aplicación de la normativa europea en la materia (Reglamento General de Protección de Datos precitado), recogiéndose los deberes de vigilancia y represión de uso indebido que al respecto competen tanto a la Comisión como a los Estados miembros.

2. Facilitación del reconocimiento de efectos a las diversas clases de resoluciones jurisdiccionales sobre procedimientos de insolvencia

69. El Reglamento 2015/848 se ocupa igualmente del reconocimiento de los efectos de las resoluciones jurisdiccionales sobre procedimientos de insolvencia, diferenciando entre decisiones con las cuales se abre el procedimiento y las demás actuaciones.

70. En lo concerniente al reconocimiento de las decisiones que decretan la apertura del procedimiento, así como de las que se derivan directamente de aquéllas y están directamente conectadas, o bien disponen medidas cautelares o de conservación de la masa concursal, reviste un carácter sustancialmente automático, lo que implica que dicha resolución produzca en todos los Estados miembros los efectos previstos por la Ley del Estado miembro de apertura, aun cuando el deudor por su situación no pueda ser sometido a un procedimiento de insolvencia en los demás Estados miembros (arts. 19 y sigs.). Por añadidura, los arts. 21 y sigs. detallan los poderes del administrador concursal designado por el Juez competente en el territorio de los demás Estados miembros (los cuales incluyen el ejercicio de acciones revocatorias en interés de los acreedores), distinguiendo según que se trate de un procedimiento principal o secundario, y precisando que dicho administrador debe en cualquier caso respetar la Ley del Estado en el cual pretenda actuar, y en particular, para lo tocante a las modalidades de liquidación que vayan a verificarse sobre los bienes afectados en el procedimiento concursal.

71. Por otro lado, en lo que respecta al reconocimiento de las demás clases de decisiones, como son las relativas al desarrollo y clausura del procedimiento y a la aprobación de los acuerdos de liquidación en sede judicial, el art. 32 distingue entre dos facetas: el simple reconocimiento es asimismo automático, mientras que la ejecución está subordinada a los procedimientos judiciales de tal especie contemplados en la normativa europea genérica deparada por el Reglamento Bruselas I bis. Por añadidura se precisa que los Estados miembros no quedan obligados para reconocer las resoluciones que

tengan por efecto una limitación de la libertad personal o del secreto postal. Y el art. 33 establece que cada Estado miembro puede negarse a reconocer o ejecutar una decisión de apertura de procedimiento de insolvencia “cuando dicho reconocimiento o dicha ejecución pueda producir efectos claramente contrarios al orden público de dicho Estado, en especial a sus principios fundamentales o a los derechos y a las libertades individuales garantizados por su Constitución”.

72. Tanto el administrador como el deudor desposeído del control de los bienes que forman parte de la masa concursal pueden pedir que las decisiones de aperturas sean publicitadas en los demás Estados miembros, en particular en aquellos donde se encuentre alguna dependencia o sucursal del deudor (art. 28). La relación entre la publicidad y la buena fe de terceros ignorantes de la apertura en otros Estados miembros se contempla en el art. 31. Leemos con arreglo al mismo: “1. Quien ejecute en un Estado miembro una obligación a favor de un deudor sometido a un procedimiento de insolvencia abierto en otro Estado miembro, cuando debería haberlo hecho a favor del administrador concursal de ese procedimiento, quedará liberado si desconocía la apertura del procedimiento. 2. Salvo prueba en contrario, se presumirá que quien haya ejecutado dicha obligación antes de haberse efectuado la publicación prevista en el art. 28 desconocía la apertura del procedimiento de insolvencia. Salvo prueba en contrario, se presumirá que quien haya ejecutado la obligación después de haberse efectuado la publicación conocía la apertura del procedimiento”.

VI. Aspectos sobre Ley aplicable a los procedimientos de insolvencia transfronteriza

73. La peculiar idiosincrasia del sistema europeo sobre el tratamiento transfronterizo hace que no sólo interesen determinar unas cuestiones procesales al uso relativas a la competencia en los contextos analizados, sino que también la normativa se ha ocupado, en sus dos versiones, de clarificar con cuales normativas procesales habría en todo caso actuar el Juez que resulte competente en esta clase de controversias¹⁹. Entre las cuestiones que recaen en el ámbito de la Ley del Estado miembro de apertura del procedimiento (*Lex concursus*) se encuentran pues las que conciernen a la nulidad, anulación e inoponibilidad frente a los actos prejudiciales para el conjunto de los acreedores; sin embargo, el beneficiario de un acto potencialmente inválido y no oponible frente al conjunto de acreedores puede defenderse sosteniendo que el acto es inmune a tales incidencias²⁰.

¹⁹ La declaración de intenciones de la normativa europea se aprecia en el art. 7 del Reglamento, según el cual: “La Ley aplicable al procedimiento de insolvencia y a sus efectos será la del Estado miembro en cuyo territorio se abra dicho procedimiento (siendo así considerado como Estado de apertura del procedimiento)”. A la Ley de dicho Estado le corresponderá determinar: “las condiciones de apertura, desarrollo y conclusión del procedimiento de insolvencia. Dicha Ley determinará en particular:

- a) los deudores respecto de los cuales pueda abrirse un procedimiento de insolvencia;
- b) los bienes que forman parte de la masa y el tratamiento de los bienes adquiridos por el deudor, o que se le transfieran, después de la apertura del procedimiento de insolvencia;
- c) las facultades respectivas del deudor y del administrador concursal;
- d) las condiciones de oponibilidad de una compensación;
- e) los efectos del procedimiento de insolvencia sobre los contratos vigentes en los que el deudor sea parte;
- f) los efectos de la apertura de un procedimiento de insolvencia sobre las ejecuciones individuales, con excepción de los procesos en curso;
- g) los créditos que deban reconocerse en el pasivo del deudor y el tratamiento de los créditos nacidos después de la apertura del procedimiento de insolvencia;
- h) las normas relativas a la presentación, examen y reconocimiento de los créditos;
- i) las normas del reparto del producto de la realización de los activos, la prelación de los créditos y los derechos de los acreedores que hayan sido parcialmente satisfechos después de la apertura del procedimiento de insolvencia en virtud de un derecho real o por el efecto de una compensación;
- j) las condiciones y los efectos de la conclusión del procedimiento de insolvencia, en particular, mediante convenio;
- k) los derechos de los acreedores después de terminado el procedimiento de insolvencia;
- l) la imposición de las costas y los gastos en los que se incurra en el procedimiento de insolvencia;
- m) las normas relativas a la nulidad, anulación o inoponibilidad de los actos prejudiciales para el conjunto de los acreedores”.

²⁰ Ello se perfila de acuerdo con lo previsto en el art. 16, a cuyo tenor: “No se aplicará lo dispuesto en el artículo 7, apartado 2, letra m), cuando el que se haya beneficiado de un acto prejudicial para los intereses de los acreedores pruebe que:

74. A mayor abundamiento, y para evitar que las normativas del Estado miembro del procedimiento perjudiquen tanto las expectativas legítimas de los sujetos que hayan entrado en contacto con el deudor, así como a la seguridad jurídica o certeza de los actos jurídicos efectuados con arreglo a los ordenamientos de Estados miembros distintos al del procedimiento, se arbitran determinados criterios de relación con la causa que derogan la aplicación principal de aplicación preponderante de tal Ley del Estado de apertura del procedimiento. En concreto, se establece que “la apertura no puede en modo alguno perjudicar a un cierto ámbito de materias, a saber: en primer término, los derechos reales de los acreedores sobre bienes que al momento de la apertura del procedimiento se encuentren en el territorio de otro Estado miembro (art. 8); el titular de un derecho real puede entonces separar dicho bien para su tratamiento normativo con arreglo a la Ley del lugar de ubicación de dicho bien (*Lex rei sitae*); seguidamente, al derecho que tiene el acreedor de invocar la compensación de su propio crédito con el crédito que tuviere frente al deudor, cuando esta posibilidad estuviese contemplada por la Ley del Estado que regule el crédito (art. 9); y en tercera instancia, a los derechos del vendedor fundados sobre el pacto de reserva de dominio, según el art. 10²¹”.

75. Más allá de lo que concierne estrictamente a la Ley del Estado miembro de apertura, con las limitaciones a su extensión acabadas de señalar, los arts. 11 y siguientes determinan un amplio número de cláusulas identificadas como normas de conflicto (normas de DIPr materiales en su sentido más propio), las cuales (aparte de ulteriores precisiones respecto a los diversos fueros competentes para cada una de ellas, y para cuya lectura nos remitimos al texto del Reglamento)²². Indiquemos que en materia de Ley aplicable, siendo con referencia a la anterior normativa del año 2000, únicamente encontramos la sentencia ZM Oeltrans de 2021²³, la cual no deja de presentar algunos rasgos llamativamente negativos o decepcionantes, y ello aun cuando el fallo, ante la concurrencia normativa del Reglamento Roma I sobre obligaciones contractuales, proclame que las reglas sobre insolvencia “deben interpretarse en el sentido de que el Derecho aplicable a un contrato con arreglo a este último Reglamento rige también el pago efectuado por un tercero en cumplimiento de la obligación contractual de pago que incumbe a una de las partes del contrato cuando, en el marco de un procedimiento de insolvencia, dicho pago se impugne como acto perjudicial para los intereses de los acreedores”.

a) dicho acto está sujeto al Derecho de un Estado miembro distinto del Estado de apertura del procedimiento, y que b) en ese caso concreto, la Ley de dicho Estado miembro no permite por ningún medio que se impugne dicho acto”.

²¹ Se expresa dicho precepto: “1. La apertura de un procedimiento de insolvencia contra el comprador de un bien no afectará a los derechos del vendedor basados en una reserva de dominio cuando dicho bien se encuentre, en el momento de apertura del procedimiento, en el territorio de un Estado miembro distinto del Estado de apertura del procedimiento.

2. La apertura de un procedimiento de insolvencia contra el vendedor de un bien después de que este haya sido entregado no constituirá una causa de resolución o de rescisión de la compraventa y no impedirá al comprador la adquisición de la propiedad del bien vendido cuando dicho bien se encuentre en el momento de apertura del procedimiento en el territorio de un Estado miembro distinto del Estado de apertura del procedimiento”.

²² Estos se pueden sintetizar del modo siguiente:

1^a) Art. 11.1: “Los efectos del procedimiento de insolvencia en un contrato que otorgue un derecho de adquisición o de uso de un bien inmueble se regularán exclusivamente por la Ley del Estado miembro en cuyo territorio esté situado el inmueble”.

2^a) Art. 12.1: “Los efectos del procedimiento de insolvencia sobre los derechos y obligaciones de los participantes en un sistema de pago o compensación o en un mercado financiero se registrarán exclusivamente por la Ley del Estado miembro aplicable a dicho sistema o mercado”.

3^a) Art. 13.1: “Los efectos del procedimiento de insolvencia sobre el contrato de trabajo y sobre la relación laboral se regularán exclusivamente por la Ley del Estado miembro aplicable al contrato de trabajo”.

4^a) Art. 14.1: “Los efectos del procedimiento de insolvencia sobre los derechos del deudor sobre un bien inmueble, un buque o una aeronave que estén sujetos a la inscripción en un registro público se establecerán en virtud de la Ley del Estado miembro bajo cuya autoridad se lleve el registro”.

5^a) Art. 17: “Cuando el deudor, por un acto celebrado después de la apertura de un procedimiento de insolvencia, disponga a título oneroso a) de un bien inmueble; b) de un buque o de una aeronave sujetos a inscripción en un registro público, o c) de valores negociables cuya existencia requiera una inscripción en un registro determinado por Ley, la validez de dicho acto se registrará por la Ley del Estado en cuyo territorio se encuentre el bien inmueble, o bajo cuya autoridad se lleve el registro”.

6^a) Art. 18: “Los efectos del procedimiento de insolvencia sobre procesos en curso o procedimientos arbitrales en curso en relación con un bien o un derecho que formen parte de la masa del deudor se registrarán exclusivamente por la Ley del Estado miembro en el que esté en curso dicho proceso o en el que tenga su sede el Tribunal arbitral”.

²³ STJUE de 22 de abril de 2021 ZM Oeltrans As 73/20.

76. La controversia surgió en el contexto de la insolvencia de una empresa alemana, Oeltrans Befrachtungsgesellschaft en dicho Estado miembro. Oeltrans había realizado un pago a la empresa holandesa Frerichs, que el síndico de Oeltrans pretendía impugnar con arreglo a la Ley alemana sobre actos perjudiciales. El pago se había efectuado con el fin de ejecutar un contrato celebrado entre Frerichs y Tankfracht GmbH, sociedad alemana que pertenecía al mismo grupo que Oeltrans. Se aceptó que el contrato se regía por la normativa holandesa. Si bien el pago podría impugnarse según la legislación alemana, no según la legislación de los Países Bajos. En principio, estaba claro que la ley del concurso regulaba cualquier acción encaminada a impugnar actos perjudiciales (art. 4, hoy 7, del Reglamento de Insolvencia). La única excepción es el famoso entonces art. 13 (hoy 16) del Reglamento Europeo de Insolvencia, que se refiere a la normativa nacional que rige el acto en cuestión. Por lo tanto, la cuestión era si la ley que regía el acto pertinente, el pago, era la normativa que rige contrato. Es importante destacar que el acto perjudicial no fue el contrato, en el que el deudor insolvente era un tercero; en concreto, era un pago realizado por un tercero con el fin de ejecutar un contrato.

77. La cuestión planteada fue principalmente una cuestión de derecho de insolvencia, y la sentencia se centra acertadamente en la interpretación del art. 13. El TJUE repite que el fundamento de la excepción del art. 13 es proteger las expectativas de la parte que celebró el contrato con el deudor insolvente. Esa parte, explica el tribunal, no puede prever que su deudor podría declararse insolvente ni dónde podría iniciarse dicho procedimiento. Por lo tanto, el TJUE afirmó (Considerando 33): “No se puede exigir razonablemente a una parte de un contrato que se haya beneficiado de un pago realizado por su parte contratante o por un tercero en ejecución de ese contrato que prevea que se puede abrir un procedimiento de insolvencia contra esa parte contratante o dicho tercero y, en caso afirmativo, en qué Estado miembro se incoará dicho procedimiento”.

78. Nada en este razonamiento es convincente. Cualquier empresario sensato sabe que sus socios contractuales pueden volverse insolventes. Y, si este empresario tiene algún conocimiento de derecho internacional privado (poco probable, pero sus abogados sí), sabrá que el procedimiento de insolvencia se abriría en el país de origen de ese socio, y que la ley de ese país se aplicará. La sorpresa, si la hay, es la existencia del art. 13, y el notable resultado al que conduce: el derecho contractual prevalece sobre el derecho de insolvencia. El art. 13 es más simplemente un fracaso de la integración europea, que impide el reconocimiento de procedimientos de insolvencia dentro de la UE. Hay muchas otras normas similares en la regulación de la UE en materia de insolvencia transfronteriza, siendo este es el compromiso político al que llegaron los Estados miembros cuando negociaron el primer Reglamento en la recta final del pasado siglo.

79. También podemos pensar que de esta manera se puede fomentar el fraude. No corresponde al TJUE cambiar este compromiso político y eliminar el art. 13 (aunque el Tribunal no ha dudado en ir más allá del compromiso político de los Estados miembros en otras circunstancias, al interpretar el Reglamento sobre pruebas, por ejemplo). Pero el Tribunal no necesita ampliar el alcance del art. 13 más allá de lo necesario y fomentar el fraude. En el caso de autos, otra sociedad del mismo grupo exigió al deudor insolvente que pagara en virtud de un contrato celebrado por la otra sociedad del grupo. Esto parecía realmente muy sospechoso. ¿Se pretendía poner los fondos de la empresa insolvente fuera del alcance de sus acreedores liberando a una empresa del mismo grupo de una de sus deudas? Quizás no en este caso, pero ahora es posible hacer exactamente eso en el futuro. Por lo tanto, podría haber sido posible determinar la ley que rige el pago de una manera más objetiva que simplemente sometiéndolo a la ley de un contrato que las partes pueden elegir libremente (incluso si se trata de un contrato interno). Una posible solución podría haber sido decidir que el pago se regía por la ley del lugar donde se produjo el pago.

VII. La jurisprudencia del TJUE recaída con relación al Reglamento 848/2015

80. La indudable clarificación de la noción de COMI con la actual normativa se reflejaría en la disminución en la actividad jurisprudencial a cargo del Tribunal de Justicia, existiendo no obstante en

este tiempo un par de pronunciamientos que clarifican la noción de aquél en el entorno normativo del Reglamento 848/2015. Encontramos a este respecto las sentencias *Novo Banco* de 2020²⁴ y *Galápagos* de 2022²⁵, diremos que ambos de ellos tremendamente polémicos y afectados por las dinámicas suscitadas por la consumación del Brexit.

81. En relación al primer pronunciamiento, el TJUE indicó que el Juez comunitario ha detallado aún más las cuestiones tocantes a las personas físicas con respecto al procedimiento de insolvencia, señalando que “la presunción que se establece para determinar la competencia internacional a efectos de la apertura de un procedimiento de insolvencia —según la cual el centro de intereses principales de un particular que no ejerce una actividad mercantil o profesional independiente es su residencia habitual— no se destruye por el mero hecho de que el único bien inmueble de esa persona esté situado fuera del Estado miembro en el que reside habitualmente”. El Tribunal decidió que el art. 3.1, párrafos primero y cuarto, del Reglamento 848/2015 debe interpretarse en el sentido de que la presunción establecida en dicho precepto para determinar la competencia internacional a efectos de la apertura de un procedimiento concursal, según la cual el centro de los intereses principales de un particular que no ejerce una actividad empresarial o profesional independiente es su residencia habitual, no se desvirtúa por el mero hecho de que el único bien inmueble de esa persona esté situado fuera del Estado miembro de residencia habitual.

82. En el caso de especie, MH y NI, un matrimonio que desde 2016 residían en Norfolk (Reino Unido), donde ejercían una actividad por cuenta ajena, solicitaron a los Tribunales portugueses la apertura de un procedimiento de insolvencia contra ellos mismos. El Tribunal de primera instancia luso que conoció de la demanda declinó la competencia internacional para conocer de dicha demanda debido a que, según el art. 3.1, párrafo cuarto, del Reglamento 2015/848, el centro de los principales intereses de los demandantes en el litigio principal era su residencia habitual, que estaba en el Reino Unido, y que, por tanto, los órganos jurisdiccionales de ese Estado miembro eran competentes para abrir un procedimiento de insolvencia. MH y NI interpusieron un recurso de casación contra la sentencia dictada en primera instancia ante el órgano jurisdiccional remitente, alegando que dicha sentencia se basaba en una interpretación errónea de las normas establecidas en el Reglamento 2015/848. Alegan que el centro de sus principales intereses no es su residencia habitual en el Reino Unido, sino en Portugal, Estado miembro donde se encuentra el único bien inmueble que poseen y donde se realizan todas las transacciones y todos los contratos que conducen a se llevó a cabo y concluyó su insolvencia. Además, no existe ninguna conexión entre su lugar de residencia habitual y los hechos que llevaron a su insolvencia, que se produjeron íntegramente en Portugal. Por lo tanto, MH y NI solicitan que se reconozca a las autoridades portuguesas la competencia internacional.

83. Teniendo en cuenta el actual art. 3.1, cuando se trate de una sociedad o de una persona jurídica, el lugar del domicilio social se presumirá como el centro de sus principales intereses, salvo prueba en contrario. Esta presunción sólo se aplicará si el domicilio social no ha sido trasladado a otro Estado miembro dentro del plazo de tres meses anterior a la solicitud de apertura del procedimiento de insolvencia. Cuando se trate de una persona física que ejerza una actividad empresarial o profesional independiente, se presumirá que el centro de sus principales intereses es el lugar principal de sus negocios, salvo prueba en contrario. Esta presunción sólo se aplicará si el centro de actividad principal del particular no se ha trasladado a otro Estado miembro en el plazo de tres meses anterior a la solicitud de apertura del procedimiento de insolvencia. Por otra parte, respecto de la situación de cualquier otra persona física, se presumirá que el centro de sus principales intereses es el lugar de su residencia habitual, salvo prueba en contrario. Esta presunción sólo se aplicará si la residencia habitual no ha sido trasladada a otro Estado miembro dentro del plazo de seis meses anteriores a la solicitud de apertura del procedimiento concursal.

²⁴ STJUE de 16 de julio de 2020 *Novo Banco* As 253/19.

²⁵ STJUE de 24 de marzo de 2022 *Galapagos* As 723/20.

84. El Tribunal explicó que “los criterios pertinentes para determinar el centro de los principales intereses de las personas que no ejercen una actividad empresarial o profesional independiente son aquellos relacionados con su situación económica y financiera que corresponde al lugar donde llevan a cabo la administración de sus intereses económicos o obtienen y gastan la mayor parte de sus ingresos, o el lugar donde se encuentra la mayor parte de sus activos (Considerando 24). En segundo lugar, “se desprende del propio tenor de dicha disposición, leído a la luz del art. 3.1, que se presume, salvo prueba en contrario, que las personas que no ejercen una actividad empresarial o profesional independiente realizan la administración de sus intereses de forma regular en el lugar de su residencia habitual, ya que existe una gran posibilidad de que ese lugar corresponda al centro de sus principales intereses económicos. De ello se deduce que, mientras no se desvirtúe esa presunción, los Tribunales de los Estados miembros donde está situada esa residencia tienen competencia internacional para abrir un procedimiento de insolvencia contra esa persona” (Considerando 25). Sin embargo, “dicha presunción se aplica sólo hasta que no haya pruebas al contrario, y el Considerando 30 de dicho Reglamento establece que debe ser posible refutar esta presunción, por ejemplo cuando la mayor parte de los bienes del deudor se encuentre fuera del Estado miembro de su residencia habitual, o cuando pueda ser establecido que el motivo principal del traslado era iniciar un procedimiento de insolvencia en la nueva jurisdicción y que dicha presentación perjudicaría materialmente los intereses de los acreedores cuyas relaciones con el deudor tuvieron lugar antes del traslado” (Considerando 26). Por lo tanto, “el mero hecho de que concurren las circunstancias mencionadas en ese considerando no es suficiente para refutar la presunción establecida en el art. 3.1, párrafo cuarto, del Reglamento 2015/848” (Considerando 27). En tal contexto, “si bien la ubicación de los bienes del deudor es uno de los criterios objetivos, comprobables por terceros, que deben tomarse en consideración al determinar el lugar donde el deudor lleva a cabo periódicamente la administración de sus intereses, esa La presunción sólo podrá revocarse tras una evaluación global de todos los criterios objetivos. De lo anterior se deduce que el hecho de que el único bien inmueble de un particular que no ejerce una actividad empresarial o profesional independiente esté situado fuera del Estado miembro de su residencia habitual no basta por sí solo para desvirtuar esa presunción” (Considerando 28).

85. Finalmente, en el siguiente asunto Galápagos nos enfrentamos a un pronunciamiento complejo sobre qué medidas los tribunales de E&W aún pueden tomar después de que los tribunales alemanes determinaran en diciembre de 2022 que son el Estado miembro de COMI. Este caso vuelve a poner de relieve la cuestión del Brexit. Se trata de un movimiento del COMI, siendo su mayor interés, una vez que el 2015 haya entrado en vigor. Galápagos SA era un holding luxemburgués cuyo COMI se trasladó en junio de 2019, al menos eso afirman los directores anteriores, a Inglaterra. A finales de agosto de 2019, solicitaron al Tribunal Superior de Inglaterra y Gales la apertura de un procedimiento de insolvencia. Al día siguiente del traslado de la sede administrativa, los antiguos directores fueron sustituidos por otro que trasladó la sede administrativa a Dusseldorf y emitió las correspondientes declaraciones sobre regulación del mercado. Posteriormente, los tribunales de Dusseldorf reconocieron que esta medida había establecido el COMI allí. La acción del Tribunal Superior de Londres nunca fue retirada y parece haber permanecido inactiva desde entonces.

86. El demandante en el procedimiento es Galápagos BIDCO Sarl, acreedor de Galápagos SA. Según tengo entendido (pero me alegra que los que saben me corrijan), tengo mi sede en Luxemburgo. Se cuestionó que la medida alemana había efectuado el traslado de COMI que, según afirma, se encuentra en Inglaterra (aunque no veo cómo su razonamiento no debería aplicarse también al traslado anterior de presumiblemente Luxemburgo a Inglaterra).

87. La cuestión que se plantea es si, en la determinación del centro de los principales intereses de una sociedad deudora, deben imponerse requisitos específicos para evitar conductas abusivas. En concreto, a la luz del objetivo declarado del Reglamento de evitar el *forum shopping*, si “de forma regular” en la segunda frase del párrafo primero del art. 3.1 del Reglamento de Insolvencia de 2015, presupone un grado adecuado de permanencia y no está presente si el establecimiento de un centro de administración se tramita al mismo tiempo que la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia. Los de-

mandados en el recurso, entre los que se encuentra el administrador concursal (fideicomisario), sostuvieron que el requisito de administración “regular” quedaba cumplido si la administración era permanente.

88. Lamentablemente, el TJUE no proporciona respuestas claras ante tales posicionamientos, de modo que prefiere salir del paso con respuesta aséptica que no fomenta otra cosa que la carrera hacia los Tribunales en busca del Foro más benévolo o conveniente para el deudor insolvente. Efectivamente se lee que el Tribunal de un Estado miembro ante el que se haya presentado una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia principal conserva competencia exclusiva para abrir dichos procedimientos cuando el COMI se traslada a otro Estado miembro después de la presentación de esa solicitud, pero antes de esa fecha. Así cuando dicho Tribunal haya dictado una resolución sobre dicha solicitud y que, en consecuencia, cuando una solicitud se presente posteriormente con el mismo fin ante un Tribunal de otro Estado miembro, dicho segundo Tribunal no puede, en principio, declararse competente para incoar tal procedimiento hasta que el primer órgano jurisdiccional haya emitido su decisión y haya declinado expresamente su competencia (Considerando 36). Sin embargo, en el caso en cuestión, el Brexit tiene el efecto de que si el Tribunal Superior no hubiese tomado, como parece, su decisión sobre la apertura del procedimiento antes de que finalizase el día de implementación de la retirada del Reino Unido de la UE, el 1 de enero de 2021 (CET), los Tribunales alemanes ya no necesitarían aplicar las reglas de la confianza mutua existentes entre Estados miembros, de modo que quedarían libres de determinar la existencia del COMI como sitio en su ámbito territorial.

89. El TJUE termina sugiriendo que la pregunta primera ya no necesita respuesta por el asunto del Brexit, sin embargo, es de creer que sí. Los tribunales alemanes decidieron en octubre de 2019 que el COMI se había trasladado con éxito a Alemania a partir del 25 de agosto de 2019, día en que se informó al mercado de capitales y a los tenedores de bonos de que el centro de administración de la empresa afectada se había trasladado a Düsseldorf. Sin embargo, el expediente no sugiere que el COMI antes del intento de traslado existiera ni en el Reino Unido ni en Alemania. En todo caso supuestamente se estableció en Alemania tras la decisión del nuevo director, que revirtió una decisión improvisada por los anteriores directores de aparentemente trasladar el COMI al Reino Unido. De conformidad con las presunciones del Reglamento, los COMI realmente en efecto habrían preexistido anteriormente en Luxemburgo. Por lo tanto, en todo el caso subyace todo un elemento de periodicidad o de traslados meramente contingentes, a los que se le da una gran importancia, en detrimento de la claridad y efectividad de la norma europea. Quizás el TJUE esté sugiriendo que a partir del Reglamento de 2015 una mera información de los mercados de capitales resultaría suficiente para mover los COMI de las empresas sin cualquier otra consideración.

90. Extrayendo conclusiones de sendos pronunciamientos, y dado que los presupuestos previos para fijar la competencia jurisdiccional internacional en materia de insolvencia se identifican desde la óptica del a UE con el COMI, es necesario aclarar en qué punto deberían existir, y clarificarse más adecuadamente, unos ciertos requisitos previos. De hecho, se trata de criterios móviles, porque el mercado interior en el que el empresario puede ejercer su derecho de establecimiento es móvil. Por tanto, siempre que la elección de trasladar la sede de la empresa no sea fraudulenta, es lógico preguntarse en qué momento deben evaluarse los criterios de competencia. En este sentido y de forma preliminar, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tuvo la oportunidad de aclarar los términos en los que se produce el equilibrio entre el interés del empresario por ejercer el derecho de establecimiento en un Estado miembro diferente y el interés de los acreedores por la previsibilidad del Foro. Por tanto, debe considerarse que el momento de determinación de la competencia coincide con el de presentación de la solicitud de apertura. Al menos por dos razones: en primer lugar, esto se basa en el principio de prórroga jurisdiccional; en segundo lugar, esto parece corresponder al espíritu del Reglamento que pretende establecer calificaciones uniformes de competencia para la correcta coordinación de los procedimientos de insolvencia. La misma interpretación deberá observarse en la actual vigencia del Reglamento 848/2015, que proporciona herramientas más adecuadas para que las partes verifiquen la competencia, también con miras siempre a reducir el riesgo del *forum shopping*.

VIII. Conclusiones

91. A la vista del examen concluido en el curso de la presente investigación vemos que pueden al menos distinguirse hasta tres fases jurisprudenciales. La primera, propiamente enmarcada en el Reglamento de 2000 antes de la venida del Reglamento de 2015, la segunda, relativa a cuestiones recibidas aún con relación al Reglamento del 2000, pero ya aprobado el Reglamento de 2015 y finalmente, las cuestiones que propiamente hacen al Reglamento de 2015. En dicho proceso se apreciaría un cierto efecto que podríamos calificar como de retroalimentación que iría de las versiones jurisprudenciales más antiguas, propias del contexto del año 2000, hacia los aspectos más sustanciales que afectan a las reformas introducidas en la normativa actualmente vigente del año 2015 por parte del Legislador comunitario. Existiría en principio un cierto proceso inverso, por cuanto también existiría una cierta componente modo en que, en la horquilla temporal comprendida entre las cuestiones prejudiciales que, habiendo sido formuladas con relación al Reglamento del 2000, resultan tras el devenir del tiempo sustanciadas por el TJUE en sus respuestas de acuerdo con las modificaciones del Reglamento del 2015, al haber entrado éste en vigor.

92. Sabido lo anterior, la única jurisprudencia interpretativa del TJUE respecto a aspectos verdaderamente relacionados con el actual Reglamento de 2015 lo es con relación a dos ejemplos aislados, situados en el elemento medular de la determinación del COMI, eso sí, ambos condicionadamente distorsionados por la abrupta situación legal deparada por el Brexit. Y es que la determinación o carácter exacto del COMI, resulta compleja; la percepción de “interés principal” se reconduce a un concepto jurídicamente indeterminado, en el cual el Derecho positivo da una sensación como de baldía intención de “poner puertas al campo”, mientras que la casuística jurisprudencial, muy útil y práctica, después resulta difícil a la hora de subsumirla en premisas abstractas y generales (si bien esa es la intención que el Legislador parece adquirir cuando incorpora los hallazgos jurisprudenciales a su labor de confección de textos legales). Los demás aspectos contenidos en el régimen europeo de insolvencia transfronteriza, como son la publicidad a efectos de publicidad e impugnación de actos, o la cuestión de la ley aplicable a los procedimientos de insolvencia, cuentan con pronunciamientos singulares, comprendidos en ese momento, antes descrito, en el cual las preguntas se remiten al TJUE con respecto de la normativa de 2000 y se contestan una vez entrada en vigor la de 2015. En resumen, la idea de unas aportaciones casuísticas típicas del orden jurisprudencial se entremezcla con el siempre contexto de una transitoriedad entre normas no expresamente confesada.

93. El objetivo propuesto que nos motiva, en definitiva, giraría alrededor de profundizar en el conocimiento de los Reglamentos comunitario sobre insolvencia, en particular en lo que respecta a la coordinación con los condicionamientos procedentes de los diversos entornos nacionales, y la necesidad de lograr una coordinación armónica. ¿Existe dicha coordinación entre los diferentes operadores de procedimientos de insolvencia y realmente se ha logrado? Podemos observar que todavía hay varios espacios dentro del sistema en los que esta coordinación en realidad no podría ocurrir. Esto se debe no sólo a la diferencia fisiológica entre las regulaciones de los Estados miembros, sino también al hecho de que el Reglamento a menudo no parece proporcionar respuestas adecuadas. En general, a través del pasaje del Reglamento 1346/2000 al 848/2015, asistimos a una mayor conciencia por parte del legislador, cuyo mérito debe atribuirse, en gran parte, al trabajo de la doctrina. Abandonada la idea de universalidad pura, la coordinación entre los diferentes procedimientos se convierte en un objetivo primordial y se han introducido numerosas disposiciones para lograrlo. La apreciación de la competencia jurisdiccional y posteriormente del estado de insolvencia por parte del juez se facilita mediante la introducción de nuevas presunciones en la noción de centro de los principales intereses del deudor, en los registros concursales y, sobre todo, en los recursos de apelación.

94. Por otro lado, la jurisprudencia es más discreta en otros logros; por ejemplo, aquellos administradores o síndicos que se vean atribuir la competencia principal no sólo deberían obtener prerrogativas que impidan la proliferación de procedimientos secundarios (contrarios a un régimen unificado), sino que también deberían el derecho de solicitar al juez la suspensión o impugnar la decisión de apertura.

Estaríamos hablando de competencias que se habrían con la normativa de 2015 a las ya numerosas competencias previstas por el Reglamento de 2000, pero de la que aún seguimos ayunos de su tratamiento jurisprudencial con respecto a la normativa que la reemplazó posteriormente. En este sentido, sin embargo, a una mayor coordinación no le seguiría un acercamiento de los dos procedimientos y el procedimiento secundario. Y aunque ya no tuviese necesariamente un carácter de liquidación, parecería, no obstante, destinado a permanecer en un nivel inferior al del procedimiento principal. Incluso en lo que respecta a las facultades de los acreedores, existen pocas diferencias entre ambos Reglamentos. Se especifica la información que debe tener el formulario uniforme para la presentación de créditos dentro de un trámite, pero por lo demás no se dan otras novedades. No se hace mención al sistema de calificación de créditos y por tanto no existe coordinación en materia de créditos privilegiados. Por lo tanto, el legislador parecería bloquear el sistema nacional de privilegios, no admitiendo que los acreedores extranjeros puedan jactarse de los privilegios adquiridos en el extranjero. Aunque el “nuevo” Reglamento ha ampliado la tipología de procedimientos concursales con los denominados procedimientos. Aunque es voluntario, la extensión de la regla de proporcionalidad a este último también sigue siendo una opción hermenéutica.

95. Considerado lo anterior, e insistimos, ayunos de jurisprudencia específica hasta la fecha, de hecho, ni siquiera el Reglamento de 2015 parece tener en cuenta esta hipótesis y la elección de ampliar esta norma queda en manos del intérprete. La mayor novedad, sin embargo, la representa la regulación de grupos de empresas, no sólo porque se da *ex novo* respecto al Reglamento de 2000, sino también por el hecho de que el legislador prevería dos nuevos instrumentos para los procedimientos individuales de las empresas del grupo. Si, por un lado, encontramos cooperación y comunicación entre administradores, jueces y administradores y jueces; Por otra parte, esta cooperación y comunicación consiste (salvo perfiles aislados) en la misma herramienta utilizada para la coordinación del procedimiento principal y secundario. Por tanto, la verdadera innovación se produce cuando se introduce el procedimiento de coordinación y la figura del coordinador. En este caso, la tentación del intérprete es fuerte de abandonar la idea de que cada empresa constituye un centro autónomo de atribución jurídica, dado el carácter “contenedor” del procedimiento de coordinación. Sin embargo, esta sirena no debe ser escuchada, porque, aunque estén contenidas en el procedimiento de coordinación, no dejan de ser procedimientos distintos que involucran a cada empresa y gestionados por el administrador responsable.

96. En cuanto la figura de un coordinador ad hoc entre diversos posibles administradores o síndicos en diversos Estados miembros (otra posibilidad apuntada por el Reglamento de 2015), podríamos decir que tal figura sólo será capaz de desempeñar el papel que se le asigna, siempre que colabore con administradores dispuestos, previamente y *de motu proprio*, a coordinarse entre sí. De hecho, no existen disposiciones de tipo compulsivo en la normativa comunitaria que efectivamente obliguen a los administradores a ajustar sus actuaciones a unas teóricas líneas o cauces comunes asentados por tal hipotético coordinador y, en cualquier caso, muy a menudo esas mismas disposiciones sólo pueden aplicarse cuando se ajusten a la legislación del Estado del procedimiento. Por tanto, podemos decir que la coordinación de los distintos procedimientos nacionales, cuyo análisis se hizo con carácter reglamentario, aún debe requerir del esfuerzo de los distintos legisladores estatales para que se pueda concretar. Sólo reduciendo los espacios entre las diferentes normas será posible reducir los obstáculos que realmente obstaculizan la coordinación. En cualquier caso, sea desde la redacción del Reglamento, sea con su siempre abierto detalle aplicativo desde la labor jurisprudencial unificadora llevada a cabo por el TJUE, los intérpretes interesados en el régimen europeo de insolvencia transfronteriza indudablemente no deberán jamás claudicar ni abstenerse de intentar reducir las diferencias entre las distintas normativas nacionales con vistas a lograr una coordinación, hasta lograr (en beneficio de cada conjunto de afectados, sin colusiones ni pactos ocultos (que están detrás de ese controvertido *forum shopping* que nunca acaba de conjurarse del todo), una cooperación judicial efectiva en los procedimientos de insolvencia transfronterizos, muy particularmente los habidos en el seno de la Unión.

Elaboración, por los colegios de abogados, de criterios orientativos para determinar los honorarios de los profesionales: Práctica calificada de anticompetitiva

Development by bar associations of guidelines for determining professional fees: Practice described as anti-competitive

JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO

*Profesora Titular (acred. Catedrática) de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid*

ORCID ID: 0000-0002-5896-983X

Recibido:16.12.2023 / Aceptado:15.01.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8435

Resumen: El TS se ha pronunciado recientemente en varias sentencias para confirmar las Resoluciones de la CNMC en las que se sanciona a varios Colegios de Abogados por infringir las normas de defensa de la competencia adoptando unos criterios orientativos en relación sólo, aparentemente, con la tasación de costas y la jura de cuentas. El Tribunal Supremo considera que, aunque la Disposición Adicional Cuarta de la Ley de Colegios Profesionales permite que se elaboren criterios orientativos para estas cuestiones de la tasación de costas y la jura de cuentas, se trata de una posibilidad excepcional que ha de ser interpretada de manera estricta. En este sentido, entiende que, en ningún caso, los criterios elaborados por los Colegios de Abogados responden a la definición que se ha de dar a los permitidos por esta Disposición Adicional Cuarta. Además, añade, los criterios de los Colegios de Abogados, en muchos casos, también se aplican al resto de servicios prestados por los profesionales y no se circunscriben, por tanto, a estas dos situaciones en las que estarían permitidos.

En otras sentencias, relativas a los mismos hechos, el TS se pronuncia en relación con la competencia de la CNMC para sancionar a los Colegios de Abogados teniendo en cuenta que, como dicen los recurrentes, el comportamiento en cuestión se circunscribe a una provincia y la autoridad competente, por esta razón, debería ser, según ellos, la del territorio en cuestión afectado por la conducta. En estos casos, el TS confirma la competencia de la CNMC por la repercusión supra autonómica de las actuaciones.

Palabras clave: honorarios de abogados, decisión de Colegios de Abogados, entente, artículo 1 LDC, competencia CNMC.

Abstract: The Supreme Court has recently ruled to uphold the Spanish authority of competence's Resolutions in which several Bar Associations were sanctioned for infringing antitrust rules by adopting guidance criteria in relation only, apparently, to the assessment of costs and the swearing in of accounts. The Supreme Court considers that, although the Fourth Additional Provision of the Law on Professional Associations allows guidance criteria to be drawn up for these matters of the assessment of costs and the swearing in of accounts, this is an exceptional possibility that must be interpreted strictly. In this sense, it understands that, in no case, do the criteria drawn up by the Bar Associations correspond to the definition to be given to those permitted by this Fourth Additional Provision. Furthermore, he adds, the criteria of the Bar Associations, in many cases, are also applied to other services provided by professionals and are not, therefore, limited to these two situations in which they would be permitted.

In other judgements, the Supreme Court ruled on the competence of the Spanish authority of competence to sanction the Bar Associations, taking into account that, as the appellants say, the conduct in question is confined to a territory and the competent authority should be that of the territory in question affected by the conduct. In these cases, the Supreme Court upheld the Spanish authority of competence's jurisdiction due to the supra-autonomous repercussions of the conduct.

Keywords: lawyers' fees, decision of Bar Association, article 1 DCA, jurisdiction of the Spanish authority of competence.

Sumario: I. Introducción; II. Hechos de los casos; III. Criterios orientativos para la tasación de costas y la jura de cuentas de los abogados; IV. Colegios de Abogados como protagonistas de un comportamiento anticompetitivo; V. La CNMC como órgano con competencia en estos asuntos; VI. Conclusiones.

I. Introducción

1. Los Colegios de Abogados de Las Palmas, Tenerife, Guadalajara, Madrid y Barcelona, han sido objeto de respectivos pronunciamientos del Tribunal Supremo en relación con sus criterios orientativos para la tasación en costas y la jura de cuentas de los abogados¹.

¹ STS de 19 de diciembre de 2022, ECLI:ES:TS:2022:4841; STS de 19 de diciembre de 2022, ECLI:ES:TS:2022:4667; STS de 23 de diciembre de 2022, ECLI:ES:TS:2022:4946; STS de 23 de diciembre de 2022, ECLI:ES:TS:2022:4846; STS de 16 de enero de 2023, ECLI:ES:TS:2023:119, respectivamente.

La jura de cuentas se encuentra regulada en el artículo 34 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para los procuradores, y en el artículo 35, para los abogados. Ambos preceptos indican lo siguiente: "**Artículo 34. Cuenta del procurador.** 1. Cuando un procurador tenga que exigir de su poderdante moroso las cantidades que éste le adeude por los derechos y gastos que hubiere suplido para el asunto, podrá presentar ante el letrado de la Administración de Justicia del lugar en que éste radicare cuenta detallada y justificada, manifestando que le son debidas y no satisfechas las cantidades que de ella resulten y reclame. Igual derecho que los procuradores tendrán sus herederos respecto a los créditos de esta naturaleza que aquéllos les dejen. No será preceptiva la intervención de abogado ni procurador. 2. Presentada la cuenta y admitida por el letrado de la Administración de Justicia, éste requerirá al poderdante para que pague dicha suma o impugne la cuenta por ser indebida, en el plazo de diez días, bajo apercibimiento de apremio si no pagare ni formulare impugnación. Si, dentro de dicho plazo, se opusiere el poderdante, el letrado de la Administración de Justicia dará traslado al procurador por tres días para que se pronuncie sobre la impugnación. A continuación, el Letrado de la Administración de Justicia examinará la cuenta y las actuaciones procesales, así como la documentación aportada, y dictará, en el plazo de diez días, decreto determinando la cantidad que haya de satisfacerse al procurador; bajo apercibimiento de apremio si el pago no se efectuase dentro de los cinco días siguientes a la notificación. **El decreto a que se refiere el párrafo anterior no será susceptible de recurso, pero no prejuzgará, ni siquiera parcialmente, la sentencia que pudiere recaer en juicio ordinario ulterior.** 3. Si el poderdante no formulare oposición dentro del plazo establecido, se despachará ejecución por la cantidad a que ascienda la cuenta". "**Artículo 35. Honorarios de los abogados.** 1. Los abogados podrán reclamar frente a la parte a la que defiendan el pago de los honorarios que hubieren devengado en el asunto, presentando minuta detallada y manifestando formalmente que esos honorarios les son debidos y no han sido satisfechos. Igual derecho que los abogados tendrán sus herederos respecto a los créditos de esta naturaleza que aquéllos les dejen. No será preceptiva la intervención de abogado ni procurador. 2. Presentada esta reclamación, el letrado de la Administración de Justicia requerirá al deudor para que pague dicha suma o impugne la cuenta, en el plazo de diez días, bajo apercibimiento de apremio si no pagare ni formulare impugnación. Si, dentro del citado plazo, los honorarios se impugnaren por indebidos, se estará a lo dispuesto en los párrafos segundo y tercero del apartado 2 del artículo anterior. Si se impugnaran los honorarios por excesivos, el letrado de la Administración de Justicia dará traslado al abogado por tres días para que se pronuncie sobre la impugnación. Si no se aceptara la reducción de honorarios que se le reclama, el letrado de la Administración de Justicia procederá previamente a su regulación conforme a lo previsto en los artículos 241 y siguientes, salvo que el abogado acredite la existencia de presupuesto previo en escrito aceptado por el impugnante, y dictará decreto fijando la cantidad debida, bajo apercibimiento de apremio si no se pagase dentro de los cinco días siguientes a la notificación. **Dicho decreto no será susceptible de recurso, pero no prejuzgará, ni siquiera parcialmente, la sentencia que pudiere recaer en juicio ordinario ulterior.** 3. Si el deudor de los honorarios no formulare oposición dentro del plazo establecido, se despachará ejecución por la cantidad a que ascienda la minuta".

^{1a} STJUE, de 22 de septiembre de 2022, considera que "Habida cuenta de estas consideraciones, procede responder a las cuestiones prejudiciales primera y segunda que la Directiva 93/13, a la luz del principio de efectividad y del artículo 47 de la Carta, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional [artículo 35 LEC] relativa a un procedimiento sumario de pago de honorarios de abogado en virtud de la cual la demanda presentada contra el cliente consumidor es

2. Las cinco sentencias del Tribunal Supremo parten de Resoluciones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia -CNMC-, que fueron recurridas ante la Audiencia Nacional, en las que el órgano administrativo de competencia sanciona a los Colegios de Abogados por infringir el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia -LDC, en adelante- con los baremos de honorarios mencionados². Sin embargo, en los casos que afectaron al Colegio de Abogados de Barcelona y de Tenerife, ellos, como recurrentes, se centraron en alegar la falta de competencia de la CNMC para iniciar el procedimiento y sancionarles por esta conducta, y no entraron en el fondo de la vulneración de las normas de competencia.

Podemos distinguir, por tanto, tres sentencias en las que el Tribunal Supremo se pronuncia acerca de la infracción de las normas de competencia por parte de los Colegios de Abogados y, otras dos, en las que se limita a considerar que la CNMC sí es competente para conocer del proceso. En relación con las primeras, la doctrina de la Sala se sienta en la sentencia en la que el Colegio de Abogados de Las Palmas es el recurrente. En los otros dos casos, el del Colegio de Abogados de Guadalajara y el de Madrid, el Tribunal, básicamente, se limita a reproducir lo recogido en aquella. Por esta razón, en relación con estas tres sentencias, nos centraremos, fundamentalmente, en el análisis de la resolución relativa al Colegio de Abogados de Las Palmas.

Habría que hablar, también, de una recentísima cuarta STS a incluir en ese grupo de resoluciones en las que se considera que el Colegio de Abogados ha infringido el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia española³. Esta sentencia es la que ha dictado el TS en un recurso interpuesto por la Letrada de la Comunidad Autónoma de Aragón contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 17 de mayo de 2021, que, a su vez, había anulado el Acuerdo del Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón, de 2 de diciembre de 2019, por el que sanciona al Colegio de Abogados de Zaragoza por vulnerar las normas de competencia⁴.

3. En este artículo vamos a exponer los hechos que han dado lugar a las STS mencionadas y vamos a analizar estos pronunciamientos del Alto Tribunal intentando llegar a conclusiones interesantes para los Colegios de Abogados sancionados.

II. Hechos de los casos

4. En todos ellos, los hechos sobre los que se ha pronunciado la CNMC han sido similares. El órgano administrativo de competencia ha estudiado si los “criterios orientativos para la tasación de costas y para la jura de cuentas” de los Colegios de Abogados vulneran el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Este precepto regula, entre otros, el comportamiento anticompetitivo consistente en fijar los precios de los servicios ofrecidos y, con ello, impedir, restringir o falsear la competencia en el mercado (art. 1.a) LDC). Lo que investiga la CNMC es si los criterios orientativos son lo que dicen ser o si son

*objeto de una resolución dictada por una autoridad no jurisdiccional y solamente se prevé la intervención de un órgano jurisdiccional en la fase del eventual recurso contra dicha resolución, sin que el órgano jurisdiccional ante el que este se interpone pueda controlar —de oficio si es necesario— si las cláusulas contenidas en el contrato del que traen causa los honorarios reclamados tienen carácter abusivo y sin admitir que las partes aporten pruebas distintas de las documentales ya presentadas ante la autoridad no jurisdiccional”. Vid., en este sentido, A. ARROYO APARICIO, “Cláusula sobre honorarios de abogado: procedimiento sumario de reclamación de honorarios y su apreciación como abusiva o engañosa”, *Ley Unión Europea*, nº 109, diciembre 2022; M.C. CRESPO MORA, “Falta de transparencia de la cláusula contractual de honorarios que tarifica los servicios de abogado por hora”, *La Ley Unión Europea*, nº 113, abril 2023.*

² En la Resolución de la CNMC que fue recurrida por el Colegio de Abogados de Barcelona, fueron sancionados, además, otros ocho Colegios más, cuales son, el de Valencia, Ávila, La Rioja, Vizcaya, Santa Cruz de Tenerife, Albacete, A Coruña y Sevilla (Resolución CNMC de 8 marzo 2018, S/DC/0587/16 Costas Bankia, https://www.cnmc.es/sites/default/files/2013194_1.pdf). Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, BOE núm. 159, de 4 julio 2007.

³ STS 3747/2023, de 18 de septiembre de 2023, ECLI:ES:TS:2023:3747

⁴ <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-confirma-la-sancion-de-mas-de-21-000-euros-al-Colegio-de-Abogados-de-Zaragoza-por-elaborar-y-difundir-una-recomendacion-colectiva-de-honorarios>

realmente baremos de honorarios que deben seguir los abogados que prestan servicios en la circunscripción correspondiente. Si estamos en este último caso, el Colegio de Abogados debería ser sancionado -como así fue- por adoptar esa decisión que impide la competencia entre los colegiados.

5. Como decimos, los hechos analizados por la CNMC son similares en los cinco casos que han llegado al Tribunal Supremo aunque, bien es verdad, sólo en tres de esos casos se ha seguido estudiado, en las distintas instancias judiciales, si los hechos vulneran las normas de competencia. En los otros dos, como ya se ha mencionado, lo que ha analizado la AN y el TS es la competencia de la CNMC para pronunciarse en estos supuestos.

6. Las cuestiones a resolver en relación con estos casos son tres, fundamentalmente. Por un lado, es necesario conocer si los criterios orientativos se adecúan a la normativa existente y si, por ello, son lícitos o no. Por otro lado, si se determina que vulneran la normativa de competencia, la siguiente pregunta a responder sería si los Colegios de Abogados, como autores de los criterios y, en consecuencia, como sujetos de un comportamiento anticompetitivo, pueden ser sancionados por esta conducta ilícita del artículo 1 de la LDC. Y, por último, en tercer lugar, debemos analizar si la CNMC es el órgano con competencia para pronunciarse en estos casos.

III. Criterios orientativos para la tasación de costas y para la jura de cuentas de los abogados

7. Debemos partir, en este punto, de un principio general y una excepción en materia de determinación de los honorarios a cobrar por parte de los abogados⁵.

El principio general se encuentra en el artículo 14 de la Ley de Colegios Profesionales⁶. Según ese precepto, bajo el título de “Prohibición de recomendaciones sobre honorarios”, se indica que “*Los Colegios Profesionales y sus organizaciones colegiales no podrán establecer baremos orientativos ni cualquier otra orientación, recomendación, directriz, norma o regla sobre honorarios profesionales, salvo lo establecido en la Disposición adicional cuarta*”.

La excepción se encuentra precisamente ahí, en la Disposición Adicional Cuarta de esta Ley, en la cual se establece que “*Los Colegios podrán elaborar criterios orientativos a los exclusivos efectos de la tasación de costas y de la jura de cuentas de los abogados. Dichos criterios serán igualmente válidos para el cálculo de honorarios y derechos que corresponden a los efectos de tasación de costas en asistencia jurídica gratuita*”.

8. Ambas reglas se han establecido teniendo en cuenta el marco de las normas de competencia que rigen en el ordenamiento español y, concretamente, el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, en virtud del cual, se prohíben los acuerdos entre empresas, las decisiones y las prácticas concertadas que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear la competencia en el mercado español. El baremo de honorarios establecido por un Colegio de Abogados podría ser una de esas decisiones que tiene por objeto restringir la competencia de los profesionales que prestan servicios en su circunscripción.

El artículo 2.1 de la Ley de Colegios Profesionales se pronuncia en este sentido cuando establece que “[...] *El ejercicio de las profesiones colegiadas se realizará en régimen de libre competencia y estará sujeto, en cuanto a la oferta de servicios y fijación de su remuneración, a la Ley sobre Defensa de la Competencia y a la Ley sobre Competencia Desleal.* [...]”.

9. Situados en el marco general de libertad a la hora de determinar los honorarios a cobrar por los servicios jurídicos ofrecidos, debemos utilizar un criterio interpretativo amplio y entender que el Colegio de Abogados no pueden buscar coordinar el comportamiento de sus colegiados, ni de forma di-

⁵ *Vid.*, en este sentido, STS de 19 de diciembre de 2022, ECLI:ES:TS:2022:4841, Fundamento de Derecho Quinto.

⁶ Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales, BOE núm. 40, de 15 febrero 1974.

recta ni de manera indirecta, con sus actuaciones. Los profesionales deben ser libres para determinar los honorarios que quieran recibir por los servicios prestados y no deben verse condicionados por criterios o decisiones que establezca el Colegio de Abogados de la circunscripción en la que actúen.

10. Tomando como referencia los criterios orientativos del Colegio de Abogados de Las Palmas, el criterio 46, tras la modificación sufrida, dice lo siguiente: “Ejecución para la liquidación de daños y perjuicios, frutos y rentas, y la rendición de cuentas. Se graduarán los honorarios conforme al 50% de la escala del criterio 35, tomando como base la cuantía fijada en la resolución definitiva. Si hubiera conformidad del deudor con la liquidación o cumplimiento con la obligación de la rendición de cuentas se aplicará el 20% de la escala del criterio 35, recomendado 1100” (AH Segundo, STS Colegio de Abogados de Las Palmas). Por su parte, en la “Recopilación de criterios del Colegio de Abogados de Madrid en la emisión de sus dictámenes sobre honorarios profesionales a requerimiento judicial”, se indica, entre otras tarifas, las siguientes: “Criterio 6. Recurso de reposición, de revisión y de aclaración de sentencia. Por su formulación u oposición se considerará un valor de referencia de 300 euros o, si fuera superior, lo que pudiera resultar de aplicar hasta el 10% de la Escala sobre la cuantía del recurso. (...) Criterio 11. Recurso en interés de ley. Se considerará un valor de referencia de 4000 euros, si bien debe prestarse atención a las circunstancias concurrentes. (...) Criterio 74. Recurso de Súplica. Se calcularán los honorarios atendiendo a la trascendencia de la resolución a la que afecte, valor de referencia 450 euros. (...) Criterio 29. Asistencia al detenido. Por la asistencia al detenido, ya sea en la sede el Juzgado o en dependencias policiales, valor de referencia, 270 euros. (...) Criterio 32. Redacción de escritos. A) Redacción de denuncia sencilla, limitada a la exposición de hechos, cuando estos no revistan complejidades, valor de referencia 300 euros” (AH Primero, STS Colegio de Abogados de Madrid). En relación con el Colegio de Abogados de Guadalajara, en la sentencia de la Sala de instancia se indica que “los documentos contienen una relación de actuaciones profesionales agrupadas en función a la jurisdicción civil, penal, laboral o contencioso administrativa en que se realizan, incluyendo el Tribunal Constitucional y el derecho comunitario, a las que se asigna un importe en euros y, en ocasiones, remisiones a límites porcentuales con referencia a determinadas escalas” (FD Tercero, STS Colegio de Abogados de Guadalajara).

Según el TS, está claro que unos criterios como los establecidos por los Colegios de Abogados en estos asuntos, con ese grado de detalle, llevan con mucha probabilidad a que los profesionales no se separen de ellos, por cuanto que, si fijaran unos honorarios más bajos, en caso de impugnación, el Colegio avalaría los establecidos en los criterios y, en caso de que pidiese una remuneración superior, podría verse impugnada la tasación de costas por excesiva (FD Quinto, STS Colegio de Abogados de Las Palmas). En todo caso, con esos criterios, con clara vocación unificadora, los abogados tendrán incentivos a coordinar los honorarios pedidos teniendo la referencia común que aporta el Colegio (FD Quinto, STS Colegio de Abogados de Las Palmas). En relación con el Colegio de Abogados de Zaragoza, el Tribunal indica que “...dichas Normas regulatorias de honorarios, por su contenido preciso, su estructura detallada y su alcance general (contempla todas las actuaciones profesionales de los abogados desarrolladas en el marco del proceso así como las labores de asesoramiento al cliente preprocesales) deben calificarse desde la perspectiva de la aplicación del Derecho de la competencia, de recomendación colectiva de precios, pues están destinadas a ser observadas por los abogados, produciendo el efecto útil de homogeneizar las remuneraciones que perciben de los clientes por la prestación de sus servicios profesionales, constituyendo un supuesto claro de restricción de la libre competencia en el mercado de referencia” (FD Tercero).

11. Como vemos, los términos en los que se pronuncian los Colegios de Abogados en los criterios son muy precisos y permiten, claramente, fijar una cuantía concreta como remuneración por los servicios prestados por los abogados. Esta circunstancia supone que los profesionales no tengan incentivos a competir entre ellos y se limiten a seguir los criterios para cuantificar sus honorarios, no sólo por comodidad, también, porque sabiendo que, si no lo hacen y se impugna la minuta por excesiva, en el procedimiento de jura de cuentas se utilizarán los criterios del Colegio para determinar la cuantía correcta a cobrar.

12. La excepción a la regla general, recogida en la Disposición Adicional Cuarta de la Ley de Colegios Profesionales debe ser interpretada, consecuentemente, de manera estricta para que concurra en el menor número de casos posible y, así, opere realmente como una excepción.

En este sentido, lo que permite esta Disposición Adicional Cuarta es la elaboración de verdaderos *criterios orientativos* y sólo en este marco de la jura de cuentas y de la tasación de costas. En palabras del Tribunal Supremo, *criterios orientativos*, en este contexto, hace referencia “a la formulación de pautas o directrices con algún grado de generalidad, lo que excluye el señalamiento de precios o cifras determinadas así como el establecimiento de reglas pormenorizadas referidas a actuaciones profesionales concretas y que conduzcan directamente a una determinada cuantificación de los honorarios. Una interpretación que permitiera a los colegios de abogados el establecimiento y difusión de baremos, listados de precios o reglas precisas directamente encaminadas a fijar la cuantía de los honorarios para las distintas clases de actuaciones profesionales, aunque fuera a los exclusivos efectos de la tasación de costas y de la jura de cuentas, resultaría contraria tanto al texto como a la finalidad de las normas a las que nos venimos refiriendo -artículo 14 y disposición adicional cuarta de la Ley sobre Colegios Profesionales y vulneraría la Ley de Defensa de la Competencia...” (FD Quinto, STS Colegio de Abogados de Las Palmas).

13. Tal como se indica en las sentencias estudiadas, los criterios orientativos de los Colegios de Abogados no responden a la definición requerida para que se consideren verdaderamente así y, además, se aplican a otras actuaciones además de a la jura de cuentas y a la tasación de costas. En efecto, en los denominados “Criterios orientadores de honorarios profesionales del Ilustre Colegio de Abogados de Las Palmas a los efectos de informe a requerimiento judicial en las impugnaciones de tasaciones de costas y jura de cuentas” se indica, en la Disposición General, que los criterios servirán de guía en los supuestos en los que no exista pacto o presupuesto escrito en relación con los honorarios del abogado y estos sean objeto de discusión entre abogados o entre abogado y cliente (FD Quinto).

14. Por todo lo anterior, los criterios orientativos deben ser pautas o directrices amplias y flexibles que no conduzcan a cantidades concretas y únicas por los mismos servicios. Los criterios deben estar formulados de manera que permitan que diferentes profesionales puedan fijar distintos honorarios por los mismos servicios. De esta forma, los criterios no perjudicarían o eliminarían la competencia entre los abogados, cada uno podría competir y determinar una cuantía diferente a la de los demás, estando todos bajo la cobertura y la guía de los mismos criterios. De otro modo, si los criterios fijan directamente cuantías para los mismos servicios, o conducen a la fijación de estos honorarios concretos, se habrá anulado el incentivo para competir de los profesionales y los criterios constituirán un instrumento de homogeneización o coordinación del comportamiento de los abogados en lo que a honorarios se refiere. Y, además, por la relación tan estrecha que existe entre la competencia y las libertades europeas, las tarifas de honorarios supondrán un obstáculo a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios de los abogados en España⁷. Así es, los abogados que quieran establecerse o prestar servicios en nuestro país, si saben que no van a poder competir en precios con los ya establecidos aquí, quizá descarten la idea de venir a España a desarrollar su profesión ante la dificultad que van a encontrar para conseguir clientes que, guiados por la relación de confianza que une al abogado con ellos, rechazarán contratar a un abogado que no conocen y que le pide los mismos honorarios que otro con una trayectoria reconocida en el mercado.

IV. Colegios de abogados como protagonistas de un comportamiento anticompetitivo

15. La CNMC considera, en todos los casos mencionados, que los Colegios de Abogados han infringido el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia española. Como vemos, estas institucio-

⁷ STJCE de 5 diciembre 2006, *Cipolla*, asuntos acumulados C-94/04 y C-2020/94, ECLI:EU:C:2006:758 apartado 59.

Vid., también, J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Aplicación del Derecho de la competencia a los baremos de honorarios de abogados: *Arduino y Cipolla*”, en A.-L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANOS RUIZ (codirs.), *La Unión Europea ante el Derecho de la Globalización*, Colex, Madrid, 2008, p. 461.

nes pueden vulnerar este precepto al tomar decisiones que tengan por objeto o efecto restringir, falsear o impedir la competencia en todo o parte del mercado nacional.

La Ley de Colegios Profesionales también incide en esta idea cuando indica que “*Los acuerdos, decisiones y recomendaciones de los Colegios observarán los límites de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia*” (art. 2.4).

16. La normativa española de competencia está alineada con la europea y, en este sentido, el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea -TFUE, en adelante- recoge que “*Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, (...)*”.

El artículo 1 de la LDC es similar al 101 del TFUE y debe ser interpretado en consonancia con éste. De este modo, podemos decir que los Colegios de Abogados son asociaciones de empresas que pueden adoptar decisiones que tengan por objeto o efecto restringir, falsear o eliminar la competencia. Efectivamente, es jurisprudencia reiterada que los abogados son empresas y los Colegios de Abogados, por ende, asociaciones de empresas en el marco del Derecho europeo de la competencia⁸. También lo

⁸ “49. Por consiguiente, los abogados colegiados en los Países Bajos ejercen una actividad económica y constituyen por tanto empresas en el sentido de los artículos 85, 86 y 90 del Tratado, sin que esta conclusión quede desvirtuada por la complejidad y el carácter técnico de los servicios que prestan ni por el hecho de que el ejercicio de su profesión esté regulado (en este sentido, véase, en relación con los médicos, la sentencia de 12 de septiembre de 2000, Pavlov y otros, asuntos acumulados C-180/98 a C-184/98, Rec., p. I-6451, apartado 77)” (STJCE de 19 febrero 2002, Wouters, C-309/99, ECLI:EU:C:2002:98).

En relación con el concepto de empresa, “46. A este respecto, procede recordar que, en el contexto del Derecho de la competencia, el concepto de empresa comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación (sentencias de 23 de abril de 1991, Höfner y Elser, C-41/90, Rec. p. I-1979, apartado 21, y de 22 de enero de 2002, Císal, C-218/00, Rec. p. I-691, apartado 22)” (STJUE de 16 de marzo de 2004, asuntos acumulados C-264/01, C-306/01, C-354/01 y C-355/01, ECLI:EU:C:2004:150).

Según el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Colegio de Abogados es una asociación de empresas en el sentido del artículo 81 del Tratado de Roma, primero, porque está compuesto exclusivamente por abogados, y segundo, porque no está obligado a actuar teniendo en cuenta el interés público; a estos efectos es independiente que el estatuto jurídico del Colegio de Abogados sea de Derecho público (STJCE 19 febrero 2002, Wouters, C-309/99, ECLI:EU:C:2002:98, apartados 57-65). Vid., también, en este sentido, STJUE de 25 de enero de 2024, Em akaunt BG EOOD, C-438/22, ECLI:EU:C:2024:71.

Vid., entre otr@s, L. ARCELIN, “Être ou [et?] ne pas être une entreprise, c’est la question”, *Revue Lamy de la concurrence*, nº 11, 2007, pp. 21-24; S. BELHAJ/J.W. VAN DE GRONDEN, “Some room for competition does not make a sickness fund an undertaking: is EC competition law applicable to the health care sector? [Joined cases C-264/01, C-306/01, C-354/01 and C-355/01 AOK]”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 25, 11, 2004, pp. 682-687; M. BÉNICHOU, “L’Europe, les avocats et la concurrence”, *Gazette du palais*, 127, 67, 2007, pp. 3-4; A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Mercado Único y libre competencia en la Unión Europea*, Madrid, 2003, pp. 846-848; A.-L. CALVO CARAVACA/J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Nota a STJCE de 5 diciembre 2006, Cipolla, asuntos acumulados C-94/04 y C-202/04, Rec., 2006, p. 0”, en “Casos escogidos de Derecho antitrust europeo”, *Estudios de Deusto*, vol. 56/1, enero-junio 2008, pp. 261-275; G. CHAVRIER, “Établissement public de santé: logique économique et droit de la concurrence”, *Revue de droit sanitaire et social*, nº 2, 2006, pp. 274-287; C. CICORIA, *Nonprofit organizations facing competition: the application of United States, European and German competition law to not-for-profit entities*, Frankfurt am Main, 2006; J.-L. CLERGERIE, “Droit communautaire et monopole de la sécurité sociale”, *Recueil Le Dalloz*, 1e cahier [rouge], 182, 39, 2006, pp. 2684-2685; E. DEARDS, “Close shop versus one stop shop: the battle goes on”, *Eur.L.Rev.*, 27, 5, 2002, pp. 618-627; L. DEFALQUE, “La tarification des honoraires et le droit de la concurrence”, *La protection du consommateur*, 2006, pp. 186-187; Id., “L’application des règles de concurrence aux réglementations des ordres professionnels”, *Journal des Tribunaux*, 121, 6059, 2002, p. 458; M. DE DOMINICIS, *Concorrenza e nozione d’impresa nella giurisprudenza comunitaria*, Napoli, 2005; B.-J. DRIJBER, “Joined cases C-264/01, C-306/01, C-453/01 and C-355/01, ‘AOK Bundesverband a.o.’, judgment of the Full Court of 16 March 2004”, *C.M.L.Rev.*, 42, 2, 2005, pp. 523-533; L. FABIANO, “Il diritto disciplinare sportivo e la tutela della concorrenza: qualche riflessione sul rapporto fra il diritto comunitario ed il fenomeno del doping”, *DPCE*, IV, 2006, pp. 1867-1873; M. FONTAINE CAMPOS, “Da natureza jurídica das Ordens Profissionais: associações públicas ou associações de empresas. A propósito de dois acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias”, *Direito e Justiça*, vol. XVIII, t. II, 2004, p. 312; N. GAVIANO, “La decisione comunitaria sulle fondazioni bancarie: diritto della concorrenza ed enti non-profit”, *Il diritto dell’Unione Europea*, 8, 1, 2003, pp. 89-114; C. GOLINO, “Enti non profit, attività di impresa e concorrenza”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3, 2006, pp. 799-841; J.W. VAN DE GRONDEN, “Purchasing Care: Economic Activity or Service of General [Economic] Interest?”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 25, 2, 2004, pp. 87-94; A. HAFFNER, “‘United States Postal Service v Flamingo Industries [USA] Ltd’: does the USA have the answer to the ‘undertaking problem’ in Europe?”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 26, 7, 2005, pp. 397-402; P.W. HEERMANN, “Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 11. Oktober 2004, Rs. T-313/02, Meca-Medina und

Majcen”, *GPR*, 2, 3, 2005, pp. 118-119; S. HENNION, “Services sociaux et concurrence”, *Revue de droit sanitaire et social*, n° 5, 2006, pp. 801-810; S. HORSCH, *Die Handelsvertretung im EG-Kartellrecht unter besonderer Berücksichtigung der Gruppenfreistellungsverordnung Nr. 2790/1999 und der Leitlinien für vertikale Beschränkungen*, Münster, 2005; L. IDOT, “Avocats et droit de la concurrence: la recontre a eu lieu...”, *Europe*, 2002, p. 5; Id., “Nouvelle invasion ou confirmation du domaine du droit de la concurrence? À propos de quelques développements récents...”, *Europe*, 1996, pp. 1-4; B. KARL, *Auswirkungen des europäischen Wettbewerbsrechts und des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs auf die Leistungserbringung in der Krankenversicherung*, vol. 1 [Allgemeines], Wien, 2005; J. KESSLER, “Die gesetzliche Krankenversicherung als Ausnahmehereich im deutschen und europäischen Wettbewerbsrecht im Lichte der neueren Rechtsprechung”, *WRP*, 52, 11, 2006, pp. 1283-1287; M. KLEIS/P. NICOLAIDES, “The concept of undertaking in education and public health systems”, *European State Aid Law Quarterly*, 5, 3, 2006, pp. 505-508; C. KOENIG/J. KÜHLING/C. MÜLLER, “Marktfähigkeit, Arbeitsgemeinschaften und das Kartellverbot”, *WuW*, 2005, pp. 126-136; G. KORDEL, *Arbeitsmarkt und europäischen Kartellrecht: zur Anwendbarkeit der Art. 81, 82 EGV und der Fusionskontrollverordnung auf das Verhalten von Arbeitnehmern, Arbeitgebern und ihre Verbände*, Köln, 2004; R. KOVAR, “Quand la Cour de justice invite à s’intéresser à nouveau aux notions d’entreprise et activité économique”, *D.*, 2e cahier [bleu], 182e année, n° 13, 2006, pp. 919-924; M. KRAJEWSKI, “Festbetragsregelung, Krankenkassen und europäisches Wettbewerbsrecht”, *EWS*, 15, 6, 2004, pp. 256-265; M. KRAJEWSKI/M. FARLEY, “Limited competition in national health systems and the application of competition law: the ‘AOK Bundesverband’ case”, *Eur.L.Rev.*, 29, 6, 2004, pp. 842-851; M. KRAJEWSKI/M. FARLEY, “Non-economic activities in upstream and downstream markets and the scope of competition law after FENIN”, *Eur.L.Rev.*, 32, 1, 2007, pp. 111-124; K.W. LANGE, “Kartellrechtlicher Unternehmensbegriff und staatliches Wirtschaftshandeln in Europa”, *WuW*, 52, 10, 2002, pp. 953-961; K.P.E. LASOK, “When is an Undertaking not an Undertaking?”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 25, 7, 2004, pp. 383-385; V. LOURI, “The FENIN Judgment: The Notion of Undertaking and Purchasing Activity; Case T-319/99, *Federación Nacional de Empresas de Instrumentación Científica, Médica, Técnica y Dental v. Commission*”, *Leg.Iss.Eur.Integr.*, 2005, 32, 1, pp. 87-98; A. LOTZE, “Kartellrechtliche Restriktionen der Verbandstätigkeit”, en FORSCHUNGSINSTITUT FÜR WIRTSCHAFTSVERFASSUNG UND WETTBEWERB E.V., *Enforcement: die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts: Referate des XXXVII. FIW-Symposiums erweitert durch Referate des XXXI. FIW-Seminars*, Köln, 2005, pp. 117-147; G. MANGEAT/F. AEPLI, “Anti-doping and competition law [David Meca-Medina, Igor Majcen vs. Commission, judgment of the ECJ of 18 July 2006, C-519/04]”, *European Law Reporter*, n° 9, 2006, pp. 365-368; M. MENDES PEREIRA, “From discothèques to websites, a new approach to music copyright licensing: the *Simulcasting* decision”, *Competition Policy Newsletter*, 2003, 1, pp. 44-49; M. MENZ, *Wirtschaftliche Einheit und Kartellverbot*, Berlin, 2004; C. MIÈGE, “Contrôle d’une réglementation anti-dopage au regard des règles communautaires de concurrence”, *La semaine juridique. Édition générale*, n° 48, 2006, pp. 2227-2229; E.-J. MESTMÄCKER, “Performing rights organisations in the Common Market: comparative observations”, en KARL RIESENHUBER [Hrsg.], *Ernst-Joachim Mestmäcker: Beiträge zum Urheberrecht*, Berlin, 2006, pp. 227-237; Id., “Zur Anwendung von Kartellaufsicht und Fachaufsicht auf urheberrechtliche Verwertungsgesellschaften und ihre Mitglieder”, en K. RIESENHUBER (Hrsg.), *Ernst-Joachim Mestmäcker: Beiträge zum Urheberrecht*, Berlin, 2006, pp. 239-257; R. MÖLLER, “Die Unternehmenseigenschaft deutscher Sozialversicherungsträger in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes”, *ZESAR*, 5-6, 2006, pp. 200-209; F. MONTAG, “Völkerrechtliche Immunität internationaler Organisationen und europäisches Kartellrecht”, en *Völkerrecht als Wertordnung: Festschrift für Christian Tomuschat / Common values in international law*, 2006, pp. 389-408; F. MULLER, “Les mutuelles dans la tourmente de la concurrence”, *Revue de droit sanitaire et social*, n° 5, 2006, pp. 828-841; A. NATZ, *Marktregulierung durch Arzneimittelfestbeträge – Gesetzliche Krankenkassen im Lichte des Wettbewerbsrechts der EU und der USA*, Frankfurt am Main, 2005; H. NYSSENS, “Concurrence et ordres professionnels: les trompettes de Jéricho sonnent-elles?”, *Revue de Droit Commercial Belge*, 1999, pp. 476-479; O. ODUDU, “The meaning of undertaking within 81 EC”, *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 7, 2004-2005, pp. 211-241; C. PESCE, “Gli enti di gestione del Sistema nazionale de salud spagnolo non agiscono come imprese nella gestione del sistema sanitario”, *DPCE*, IV, 2006, pp. 2003-2008; D. DEL PRETE, “Ordres professionnels et droit communautaire de la concurrence”, *Petites Affiches*, 393, 101, 2004, pp. 6-7; S. VAN RAEPENBUSCH, “Les services sociaux en droit communautaire ou la recherche d’un juste équilibre entre l’économique et le social”, en *Les services d’intérêt économique général et l’Union européenne*, 2006, pp. 99-161; S. REIFEGERSTE, “Le droit communautaire de la concurrence ne s’applique pas à la réglementation antidopage [TPICE, 30 septembre 2004]: note”, *Petites affiches*, 395, 157, 2006, pp. 27-29; A. RENETTE, “Les professions libérales face à la libre concurrence”, *Revue de jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles*, 114, 1, 2007, pp. 12-13; B. RENTMESTER/C. PERLAT-LOPES, “Competition law and the legal profession: an overview of EC law and national reforms”, *Concurrences*, 1, 2007, pp. 197-198; M. REYSEN/G. BAUER, “Health Insurance and European Competition Law. Anmerkung zu EuGH Rs. C-264/01, C-306/01, C-354/01, C-355/01 [AOK Bundesverband u.a.]”, *ZWeR*, 2004, pp. 568-591; A. RINKEN/O. KELLMER, “Kommunale Krankenhäuser als Instrumente sozial-staatlich-kommunaler Daseinsvorsorge im europäischen Verfassungsverbund”, *Die Verwaltung*, 39, 1, 2006, pp. 1-28; J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Aplicación del Derecho de la competencia a los baremos de honorarios de abogados: *Arduino y Cipolla*”, en A.-L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANOS RUIZ (codirs.), *La Unión Europea ante el Derecho de la Globalización*, Colex, Madrid, 2008, pp. 433-468; Id., *Régimen Jurídico de la Abogacía Internacional*, Comares, Granada, 2003, 347 p.; W.-H. ROTH, “Zum Unternehmensbegriff im europäischen Kartellrecht”, en I. BRINKER/D.H. SCHEUING/K. STOCKMANN [Hrsg.], *Recht und Wettbewerb: Festschrift für Rainer Bechtold zum 65. Geburtstag*, München, 2006, pp. 393-408; R.P. SCHENKE, “Die Wettbewerbsposition der gesetzlichen Krankenversicherung im Spiegel des Europarechts”, en *Steuerungsinstrumente im Recht der Gesundheitswesens*, vol. 1, *Wettbewerb*, 2005, pp. 77-108; Id., “Der Wettbewerbsgedanke im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung aus Sicht des Verfassungs- und Europarechts – Eine Rechtsprechungsanalyse”, *WiVerw*, 2006, pp. 34-72; U. SOLTÉSZ/J.-C. PUFFER-MARIETTE, “Krankenhäuser im Fokus des europäischen Wettbewerbsrechts”, *EWS*, 17, 10, 2006, pp. 438-445; J.E. SORIANO GARCÍA, “Uniones Temporales de Empresas ¿un caso especial en Derecho de la competencia?”, *Gac.Jur.U.E.*, n° 230, 2004, pp. 45-62; T. DI TANNO, “La Corte di giustizia e la vexata quaestio della natura delle fondazioni bancarie”, *Rasse-*

serían en el ámbito de la norma nacional de competencia, si bien, no es necesario calificarlos de asociaciones de empresas porque el precepto no exige expresamente que la autora de la decisión anticompetitiva deba ser una asociación de empresas.

17. Constatado que los Colegios de Abogados pueden ser sujetos activos del comportamiento regulado en el artículo 1 LDC o 101 del TFUE, es importante señalar que las decisiones que tomen, con las que puedan restringir, falsear o impedir la competencia en el mercado, no deben tener, necesariamente, una denominación que indique el carácter vinculante de las mismas. Así es, es irrelevante el nombre que tengan las decisiones que adopten, lo importante es que se busque con ellas coordinar el comportamiento de los asociados, en nuestro caso, de los abogados que ejercen en la circunscripción correspondiente⁹. En línea con lo anterior, es indiferente que la decisión lleve por título criterios *orientativos* y que, por tanto, de esa denominación no se deduzca ningún carácter vinculante de los mismos, lo importante es que, con independencia de cómo se llamen, busquen de facto coordinar el comportamiento de los abogados y que no haya competencia entre ellos; como ocurre en nuestros casos.

18. El Tribunal Supremo no se queda sólo en este punto de confirmar que los Colegios de Abogados han infringido el artículo 1 LDC. Va más allá y entra en el detalle de concretar que la vulneración de la competencia efectuada a través de los criterios orientativos es por objeto¹⁰.

Efectivamente, el artículo 1 LDC establece que el comportamiento anticompetitivo puede lesionar la competencia por objeto o por efecto. En este caso, si lo hace por objeto, no sería necesario comprobar el efecto lesivo que pueda tener en el mercado¹¹.

La STS en el caso del Colegio de Abogados de Las Palmas reproduce extractos de sentencias de este Tribunal y, también, del TJUE, en los que se diferencia entre que la infracción de las normas de competencia sea por objeto o que lo sea por efecto, y las consecuencias que se derivan en cada caso¹².

gna tributaria, XLIX, 4, 2006, pp. 1093-1117; M. TICCOZZI, “Il compenso del professionista intellettuale: autonomia contrattuale tra tariffe inderogabili e disciplina comunitaria antitrust”, en *Autonomia contrattuale e diritto privato europeo*, 2005, pp. 35-83; S. DE WAELE, “Liberal professions and recommended prices: the Belgian architects case”, *Competition Policy Newsletter*, 2004, 3, pp. 44-46; N. WALDHORST, *Die Kammern zwischen Kartell- und Verwaltungsorganisationsrecht: dargestellt am Beispiel der Bundesrechtsanwaltskammer und der Industrie- und Handelskammern*, Baden-Baden, 2005; W.R. WALZ, *Non-Profit-Organisationen im europäischen Zugwind: Referat im Rahmen der Vortragsreihe ‘Rechtsfragen der europäischen Integration’*, Bonn, den 30.01.2006, Bonn, 2006 [también en *Spenden- und Gemeinnützigkeitsrecht in Europa*, 2007, pp. 653-675]; M. WATHELET, “L’arrêt Meca-Medina et Majcen: plus qu’un coup dans l’eau”, *Revue de jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles*, 113, 41, 2006, pp. 1799-1809; S. WEATHERILL, “Anti-doping rules and EC law”, *Eur. Compet.L.Rev.*, 26, 7, 2005, pp. 416-421; ID., “Anti-doping revisited: the demise of the rule of ‘purely sporting interest’?”, *Eur. Compet.L.Rev.*, 27, 12, 2006, pp. 645-657.

⁹ STJUE de 27 de enero de 1987, *Verband der Sachversicherer e.V.*, asunto 45/85, ECLI:EU:C:1987:34.

¹⁰ El TJUE también considera que es infracción por objeto la fijación de unos honorarios mínimos por los servicios jurídicos prestados por los abogados (STJUE de 25 de enero de 2024, *Em akaunt BG EOOD*, C-438/22, ECLI:EU:C:2024:71, apartado 54).

¹¹ STJUE de 20 noviembre 2008, *Beef*, C-209/07, ECLI:EU:C:2008:643, apartados 15 y 16; STJUE de 14 de marzo de 2013, *Allianz Hungaria Biztosító y otros*, C-32/11, ECLI:EU:C:2013:160, apartado 34; STJUE de 11 de septiembre de 2014, *CB*, C-67/13P, ECLI:EU:C:2014:2204, apartado 52; STJUE de 19 de marzo de 2015, *Dole Food y Dole Fresh Fruit Europe*, C-286/13 P, ECLI:EU:C:2015:184, apartado 116; STJUE de 4 de junio de 2009, *T-Mobile Netherlands y otros*, C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343, apartados 30; STJUE de 6 de octubre de 2009, *GlaxoSmithKline Services y otros*, C-501/06P, C-513/06P, C-515/06P y C-519/06P, ECLI:EU:C:2009:610, apartado 55.

¹² *Id.*, por todas, STJUE de 20 noviembre 2008, *Beef*, C-209/07, ECLI:EU:C:2008:643 y STS de 21 enero 2019, ECLI:ES:TS:2019:259.

Según la STJUE de 20 noviembre 2008, *Beef*, C-209/07, ECLI:EU:C:2008:643, “15. *Procede recordar que, para estar incurso en la prohibición establecida en el artículo 81 CE, apartado 1, un acuerdo debe tener «por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común». Es jurisprudencia reiterada, desde la sentencia de 30 de junio de 1966, LTM (56/65, Rec. pp. 337 y ss., especialmente p. 359), que el carácter alternativo de este requisito, como indica la conjunción «o», lleva en primer lugar a la necesidad de considerar el objeto mismo del acuerdo, habida cuenta del contexto económico en el que se debe aplicar. Sin embargo, en caso de que el análisis de las cláusulas de dicho acuerdo no revele un grado suficiente de nocividad respecto de la competencia, es necesario entonces examinar los efectos del acuerdo y, para proceder a su prohibición, exigir que se reúnan los elementos que prueben que el juego de la competencia ha resultado, de hecho, bien impedido, bien restringido o falseado de manera sensible. 16. Para apreciar si un acuerdo está prohibido por el artículo 81 CE, apartado 1, la toma en consideración de sus efectos concretos es superflua cuando resulta que éste tiene por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el interior del mercado común (sentencias de 13 de julio de 1966, *Consten y Grundig/Comisión*, 56/64 y 58/64, Rec. pp. 429 y ss., especialmente p. 496, y de 21 de septiembre de 2006,*

De la jurisprudencia sobre este particular puede extraerse la idea de que existen acuerdos, decisiones o prácticas que, por su propia naturaleza, por su objeto, son adecuadas para condicionar el comportamiento de las empresas en el mercado. “Según reiterada jurisprudencia, el criterio jurídico esencial para determinar si un acuerdo, sea horizontal o vertical, conlleva una «restricción de la competencia por el objeto» consiste en la comprobación de que dicho acuerdo tenga, en sí mismo, un grado suficiente de nocividad para la competencia (véanse, en este sentido, las sentencias de 11 de septiembre de 2014, *CB/Comisión*, C67/13 P, EU:C:2014:2204, apartado 57, y de 18 de noviembre de 2021, *Visma Enterprise*, C306/20, EU:C:2021:935, apartado 59 y jurisprudencia citada)”¹³. Estas infracciones por objeto no deben ser analizadas en cuanto a los efectos que provocan en el mercado, es más, podrían, incluso, no tener efectos lesivos en el mercado y, aún así, seguir siendo consideradas infracciones de competencia y sancionadas¹⁴. Sólo cuando la restricción de la competencia no es por objeto, se analizará el efecto que genera en el mercado¹⁵.

19. Los criterios orientativos de los Colegios de Abogados, como baremos de honorarios que es lo que son en realidad, constituyen infracciones por objeto del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, ya que, por sus propias características y contenido son idóneos para homogeneizar el comportamiento de los letrados y eliminar el riesgo de incertidumbre en el mercado. Por esta razón, sólo con la redacción de los criterios se puede concluir que se trata de una decisión que lesiona la competencia y que, en consecuencia, debería llevar aparejada la sanción correspondiente, sin importar si, efectivamente, han tenido el efecto de producir la coordinación del comportamiento de los abogados en el mercado.

20. En este punto, y sin que sea objeto de alegación por la recurrente, el TS menciona el artículo 1.3 LDC para concluir que no opera en este caso. El tercer párrafo del artículo 1 LDC, de igual manera que el artículo 101.3 TFUE, recoge la exención a la sanción de determinados acuerdos, decisiones o

Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión, C-105/04 P, Rec. p. I-8725, apartado 125). Este examen debe efectuarse a la luz del contenido del acuerdo y del contexto económico en que se inscribe (sentencias de 28 de marzo de 1984, *Compagnie royale asturienne des mines y Rheinzink/Comisión*, 29/83 y 30/83, Rec. p. 1679, apartado 26, y de 6 de abril de 2006, *General Motors/Comisión*, C-551/03 P, Rec. p. I-3173, apartado 66)”.
¹³ STJUE de 25 de enero de 2024, *Em akaunt BG EOOD*, C-438/22, ECLI:EU:C:2024:71, apartado 48.
¹⁴ STJUE de 25 de enero de 2024, *Em akaunt BG EOOD*, C-438/22, ECLI:EU:C:2024:71, apartado 47; STJUE de 29 de junio de 2023, *Super Bock Bebidas*, C-211/22, ECLI:EU:C:2023:529, apartado 31.

Primero, por tanto, habrá que analizar si el comportamiento es restrictivo por objeto y, después, si no lo es, habrá que estudiar si es lesivo por efecto (STJCE de 30 de junio de 1966, *Société Technique Minière (LTM)*, asunto 56/65, E56/65, ECLI:EU:C:1966:38; STJUE de 26 de noviembre de 2015, *Maxima Latvija*, C-345/14, ECLI:EU:C:2015:784, apartados 16 y 17; STJUE de 18 de noviembre de 2021, *Visma Enterprise*, C-306/20, ECLI:EU:C:2021:935, apartados 55 y ss; STJUE de 20 de enero de 2016, *Toshiba Corporation*, C-373/14P, ECLI:EU:C:2016:26, apartados 24 y 25; STJUE de 4 de junio de 2009, *T-Mobile Netherlands y otros*, C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343, apartados 28).

¹⁵ Según la Comunicación de la Comisión de Directrices relativas a restricciones verticales, “179) Las restricciones especialmente graves en el sentido del artículo 4 del Reglamento (UE) 2022/720 son, en general, restricciones de la competencia por objeto en el sentido del artículo 101, apartado 1, del Tratado (99). Las restricciones de la competencia por objeto son tipos de coordinación entre empresas que pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia (100). El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dictaminado que determinados tipos de coordinación entre empresas muestran un grado de nocividad suficiente para la competencia como para que se considere innecesario evaluar sus efectos (101). La constatación de una restricción por objeto requiere una evaluación individual del acuerdo vertical de que se trate. En cambio, las restricciones especialmente graves son una categoría de restricciones establecidas en el Reglamento (UE) 2022/720, de las que se presupone que, en general, causan un perjuicio claro a la competencia. Por tanto, los acuerdos verticales que contengan estas restricciones especialmente graves no pueden beneficiarse de la exención prevista en el artículo 2, apartado 1, del Reglamento (UE) 2022/720” (DOUE C248, de 30 de junio 2022).

Vid., también, STJUE de 2 de abril 2020, *Budapest Bank y otros*, C-228/18, ECLI:EU:C:2020:265, apartados 35 a 37 y jurisprudencia citada en ella; STJUE de 14 de marzo de 2013, *Allianz Hungaria Biztosító y otros*, C-32/11, ECLI:EU:C:2013:160, apartado 34; STJUE de 11 de septiembre de 2014, *CB*, C-67/13P, ECLI:EU:C:2014:2204, apartado 52; STJUE de 19 de marzo de 2015, *Dole Food y Dole Fresh Fruit Europe*, C-286/13 P, ECLI:EU:C:2015:184, apartado 116; STJUE de 4 de junio de 2009, *T-Mobile Netherlands y otros*, C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343, apartados 30; STJUE de 6 de octubre de 2009, *GlaxoSmithKline Services y otros*, C-501/06P, C-513/06P, C-515/06P y C-519/06P, ECLI:EU:C:2009:610, apartado 55.

Vid., por tod@s, A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, Colex, 2003, pp. 884-885.

prácticas que cumplan una serie de requisitos que se especifican en el precepto, cuales son, que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de los bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico y que, cumulativamente, permitan participar a los consumidores de forma equitativa de las ventajas, no impongan restricciones indispensables para la consecución de los objetivos y, por último, no supongan la eliminación de la competencia en una parte sustancial de los productos o servicios en cuestión¹⁶.

Aunque el TS, como decimos, menciona este tercer párrafo del primer artículo de la Ley, no sería necesario que lo hiciera, no porque la parte recurrente no lo alega, sino porque, si previamente se ha calificado la decisión del Colegio de Abogados como una infracción por objeto, difícilmente quedará exencionada por la vía del artículo 1.3. Así es, una vez que se ha constatado que la infracción es por objeto, normalmente, debería ser sancionada y no se le debería aplicar el precepto que contempla la exención, y, mucho menos, a iniciativa del órgano judicial¹⁷; en todo caso, debería ser la empresa perjudicada la que solicitara que no se la sancionara, alegando el artículo 1.3 y probando la concurrencia de los cuatro requisitos que contiene.

V. La CNMC como órgano con competencia en estos asuntos

21. Por último, en las STS relativas al Colegio de Abogados de Tenerife y al de Barcelona, los sucesivos recursos interpuestos frente a las resoluciones de la CNMC en estos casos han tenido por objeto la competencia de este órgano para conocer de estos asuntos e imponer las sanciones correspondientes.

22. El artículo 1 de la Ley 1/2002, de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia, delimita el marco de actuación de la autoridad nacional de competencia en relación con los órganos autonómicos¹⁸. En este precepto se indica que el criterio que va a atribuir la competencia es el ámbito territorial de los efectos que ocasione la práctica anticompetitiva. De esta manera, si los efectos se circunscriben al territorio de la Comunidad Autónoma, la autoridad competente para conocer del caso debería ser la autonómica. En cambio, si los efectos se

¹⁶ *Vid.*, en este sentido, STJUE de 25 de enero de 2024, *Em akaunt BG EOOD*, C-438/22, ECLI:EU:C:2024:71, apartado 33. En esta sentencia se indica que, si la infracción es por efecto, podrían analizarse los posibles objetivos legítimos del comportamiento para que pudiera quedar exento de la sanción. Objetivo legítimo que, en nuestro caso, podría ser la prestación de servicios de calidad para el ciudadano. “Pues bien, es cierto que según reiterada jurisprudencia no todo acuerdo entre empresas ni toda decisión de una asociación de empresas que restrinja la libertad de acción de las empresas que son parte de ese acuerdo o que están obligadas a cumplir esa decisión está comprendido necesariamente en el ámbito de aplicación de la prohibición del artículo 101 TFUE, apartado 1. En efecto, el examen del contexto económico y jurídico en el que se inscriben algunos de estos acuerdos y algunas de estas decisiones puede llevar a que se aprecie, en primer término, que estos están justificados por perseguir uno o varios objetivos legítimos de interés general que no son, en sí mismos, contrarios a la competencia; en segundo término, que los medios concretos empleados para perseguir estos objetivos son realmente necesarios para ello, y, en tercer término, que, aunque se concluya que estos medios tienen por efecto inherente restringir o falsear, cuando menos potencialmente, la competencia, este efecto inherente no va más allá de lo necesario, en particular eliminando cualquier competencia (sentencia de 21 de diciembre de 2023, *European Superleague Company*, C-333/21, EU:C:2023:1011, apartado 183)” (apartado 30).

Sin embargo, si se trata de una conducta lesiva por objeto, la única manera de quedar exenta sería cumpliendo los requisitos del artículo 101.3 TFUE (apartado 32) y en ningún caso podría justificarse por la persecución de “objetivos legítimos” (apartado 53).

¹⁷ Volvemos a reproducir parte del punto 179 de la Directrices relativas a restricciones verticales de la Comisión para destacar lo que nos interesa a estos efectos: “En cambio, las restricciones especialmente graves son una categoría de restricciones establecidas en el Reglamento (UE) 2022/720, de las que se presupone que, en general, causan un perjuicio claro a la competencia. Por tanto, los acuerdos verticales que contengan estas restricciones especialmente graves no pueden beneficiarse de la exención prevista en el artículo 2, apartado 1, del Reglamento (UE) 2022/720”.

Según indica el TJUE, “41. Las consideraciones recogidas en el apartado anterior no quedan cuestionadas en modo alguno por aquellas a las que se refiere el órgano jurisdiccional remitente, según las cuales, en el caso de una restricción de la competencia «por el objeto», por un lado, sería más difícil justificar una exención con arreglo al artículo 101 TFUE, apartado 3, que en el caso de una restricción «por el efecto» y, por otro, una restricción «por el objeto» sería sancionada con más severidad que una restricción «por el efecto»” (STJUE de 2 abril 2020, *Budapest Bank y otros*, C-228/18, ECLI:EU:C:2020:265).

¹⁸ Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia, BOE núm. 46, de 22 de febrero de 2002.

extienden a territorio supra autonómico, aunque el comportamiento se haya verificado en territorio de una Comunidad Autónoma, la competencia la tendrá la CNMC (FD Segundo)¹⁹.

23. En el caso del Colegio de Abogados de Tenerife, el TS tiene en cuenta que el mismo comportamiento que se analiza en la sentencia ha sido desarrollado por nueve Colegios de Abogados de otras tantas Comunidades Autónomas. Es cierto que cada documento de *criterios orientativos* elaborado por cada Colegio de Abogados tiene efectos únicamente en la demarcación territorial de la provincia en cuestión, sin embargo, el hecho de que el comportamiento de los nueve Colegios de Abogados sea similar, no sólo materialmente sino, también, cercano en el tiempo, lleva a pensar al Tribunal Supremo en una conducta con efectos supra autonómicos. Además, también, por la publicidad que se dio a los criterios, incluso en las páginas web de los propios Colegios de Abogados.

Todo ello, contribuye a entender que la actuación de cada Colegio, en el mismo sentido, de manera simultánea y con publicidad, refuerza el comportamiento de los otros y, con una visión de conjunto, permite concluir la existencia de efectos supra autonómicos que justifican la competencia de la CNMC en el asunto (FD Tercero)²⁰.

De esta manera, en palabras del TS, se “*justifica la intervención de la CNMC para valorar tales conductas con un criterio único que evite diferencias entre los órganos de defensa de la competencia autonómicos ante acuerdos similares que persiguen la misma finalidad*” (FD Tercero).

VI. Conclusiones

Primera. Los Colegios de Abogados pueden tomar decisiones que restrinjan la competencia en virtud del artículo 1 LDC y del artículo 101 TFUE. Los criterios orientativos adoptados por ellos, si eliminan la incertidumbre en el mercado de los servicios prestados por los abogados a los que van dirigidos, pueden ser calificados de actos ilícitos por restringir o falsear la competencia en el mercado.

Segunda. La Ley de Colegios Profesionales configura un marco normativo, compatible con la regulación en materia de competencia, en el que se establece la libertad de los abogados para determinar los honorarios a cobrar por los servicios prestados (arts. 2.1 y 14 LCP). En este sentido, los Colegios de Abogados no pueden restringir, falsear o impedir esta libertad de competencia de los abogados pero sí pueden, de manera excepcional, para la tasación de costas y la jura de cuentas, ayudar a los profesionales en esa labor de determinación de los honorarios a través de criterios orientativos.

Esto último no supone cercenar la libertad de los abogados en este sentido, simplemente constituye un apoyo, una guía u orientación a utilizar por ellos, de manera voluntaria, dentro de la libertad que deben seguir teniendo. Y, así, con esta interpretación restrictiva deben ser elaborados los criterios orientativos. De este modo, deben ser verdaderamente meros criterios orientativos, a tener en cuenta de forma realmente voluntaria por los abogados y, sólo, para la tasación de costas y la jura de cuentas. Estas son las tres características que deben tener para poder ser considerados lícitos.

Tercera. De los tres requisitos anteriores, el que puede generar mayores problemas de concreción es el primero. Esto es, nos podríamos preguntar qué son criterios orientativos en el marco de la LCP

¹⁹ En este sentido, STC 208/1999, de 15 de noviembre de 1999, punto 7, en el que el Tribunal concluye que “*De cuanto se ha expuesto se desprende que la ley impugnada es conforme a la Constitución en tanto representa un ejercicio de la competencia estatal sobre legislación en defensa de la competencia y, en tanto, además, atribuye al Estado la ejecución respecto de prácticas restrictivas de la competencia que, teniendo lugar en un ámbito territorial no superior al de la Comunidad Autónoma, puedan afectar a la libre competencia en el conjunto del mercado nacional o en ámbitos supracomunitarios. Su inconstitucionalidad, en cambio, habrá de declararse en la medida en que atribuya al Estado la totalidad de la competencia ejecutiva, invadiendo, de este modo, las competencias de tal índole que, a tenor de cuanto se ha dicho, han de reconocerse a las Comunidades Autónomas recurrentes...*” (BOE núm. 300, de 16 de diciembre de 1999).

²⁰ En el caso del Colegio de Abogados de Barcelona, el TS reproduce lo recogido en su sentencia del Colegio de Abogados de Tenerife.

y de la normativa de competencia. Los criterios orientativos, para que respondan al principio general de libertad de competencia de los abogados en el ámbito de la determinación de los honorarios, deben ser aquellos que ayuden, guíen, orienten, a la hora de establecer la minuta en supuestos de tasación de costas y de jura de cuentas. En ningún caso, por tanto, fijarán cantidades concretas, de forma directa o indirecta, por ejemplo, a través de porcentajes. Con los criterios orientativos, así definidos, debería ser posible que los abogados llegaran a cuantificaciones distintas por los mismos servicios prestados. No así, como ocurre con los criterios 29 y 32, por mencionar alguno, del Colegio de Abogados de Madrid, según los cuales, “*Criterio 29. Asistencia al detenido. Por la asistencia al detenido, ya sea en la sede el Juzgado o en dependencias policiales, valor de referencia, 270 euros. (..) Criterio 32. Redacción de escritos. A) Redacción de denuncia sencilla, limitada a la exposición de hechos, cuando estos no revistan complejidades, valor de referencia 300 euros*”.

Cuarta. Otro de los requisitos que deben tener los criterios orientativos es que sean de aplicación voluntaria por los abogados. Es claro que los Colegios de Abogados no van a pronunciarse en términos de obligatoriedad, por eso denominan a los documentos como criterios orientativos, pero lo importante no es si el texto indica expresamente la vinculación de los criterios -que nunca aparecerá-, lo verdaderamente relevante es que, de facto, con ellos se busque coordinar el comportamiento de los asociados a los que van dirigidos.

Con los criterios con cuantificación de honorarios, se denominen como se denominen, se pierde la incertidumbre que debe existir en todo mercado con competencia y esto supone que los abogados dejen de tener incentivos a la hora de competir entre ellos y utilicen los criterios para establecer sus honorarios. Esto último, sobre todo porque, si hay litigio sobre ellos, se utilizarán las cuantías que aparecen en los criterios para determinar qué cantidad es la correcta, la que deben exigir los abogados en concepto de honorarios.

Quinta. El TS ha considerado que los criterios orientativos de los Colegios de Abogados de Las Palmas, Guadalajara y Madrid restringen la competencia y constituyen un comportamiento anticompetitivo del artículo 1 LDC. La CNMC, por su parte, ha resuelto lo mismo en relación con los criterios orientativos de estos Colegios de Abogados y de los Colegios de Abogados de Santa Cruz de Tenerife, Barcelona, Valencia, Ávila, La Rioja, Vizcaya, Albacete, A Coruña y Sevilla.

Los dos órganos, el administrativo primero y el judicial después, han establecido que los criterios orientativos de los Colegios de Abogados no responden a la definición restrictiva que deben tener en el marco de la LCP y de la LDC y, además, no se circunscriben a la tasación de costas y la jura de cuentas, como debería ser.

Sexta. El TS, también, ha resuelto los recursos interpuestos por los Colegios de Abogados de Tenerife y de Barcelona, frente a las Resoluciones de la CNMC, por falta de competencia del órgano administrativo nacional para conocer de estos asuntos. El Alto Tribunal ha concluido que, aunque los comportamientos sancionados se verifican en una concreta provincia, la unión de todos ellos, por el objeto y por el mismo momento en el que se elaboran, supone que tenga efectos supra autonómicos y que la autoridad competente no sea la autonómica y sí la nacional, la CNMC.

Séptima. Volviendo al estudio de la ilicitud, por anticompetitivos, de los criterios orientativos, los Colegios de Abogados alegan que prescindir de ellos supone dejarles sin herramientas para cumplir con su obligación de elaborar informes de tasación en costas, objetivos, transparentes y no discriminatorios, previo requerimiento judicial. Además, pensando en el justiciable, los criterios le permiten conocer de antemano qué cantidad es la que debería abonar.

Pues bien, en este sentido, frente a esta alegación de buena administración de justicia y de servicio público e interés general que pueden representar los criterios orientativos, el TS no dice que deban desaparecer, lo que dice es que pueden existir, es más, nosotros creemos que deberían existir, pero siempre que se definan cumpliendo con la normativa vigente y aplicable en el caso.

En este contexto, el Colegio de Abogados de Barcelona, después de haber sido sancionado por infringir el artículo 1 de la LDC con los criterios orientativos, los modificó y sustituyó por otros, que en-

traron en vigor el 5 de marzo de 2020 y que, esta vez sí, han sido declarados conformes con la legislación en materia de competencia por parte de la CNMC²¹. Según el Consejo del órgano nacional de competencia, *“En consecuencia, el actual sistema no llevará en todo caso a un resultado cuantitativo unívoco y en ningún caso incluye precios, tarifas o valores de referencia exactos, pero al mismo tiempo permite al Colegio cumplir con su obligación legal de dictar informes de tasación de costas previo requerimiento judicial de forma objetiva, transparente y no discriminatoria. Por todo lo anterior, este sistema también reduce el riesgo de uniformar los honorarios de los abogados, no solamente en relación con la tasación de costas, sino también los propios honorarios que son estipulados por los abogados con sus clientes por los servicios prestados. Por último, teniendo en cuenta que, de conformidad con lo anterior, se trata de auténticos criterios orientativos a los exclusivos efectos de la tasación de costas y jura de cuentas, la Dirección de Competencia entiende que la publicación por parte del ICAB de los criterios que han sido analizados en su informe parcial no supondría una vulneración de la Resolución del Consejo de 8 de marzo de 2018 ni entrañaría riesgos para la competencia. En todo caso, no serían objeto de publicación los informes concretos de tasación remitidos por el Colegio al órgano judicial”*.

Octava. De todo lo expuesto puede concluirse, finalmente, que sí es posible tener unos verdaderos criterios orientativos para la tasación en costas y la jura de cuentas, que respeten la normativa de competencia y, a la vez, ayuden a los Colegios, a los jueces y a los justiciables, a cumplir con sus obligaciones, en el caso de los dos primeros, y a conocer antes del pleito la cuantía aproximada que deberían pagar en determinadas situaciones, en relación con los segundos.

²¹ Resolución de Vigilancia, Expte. VS/0587/16, Costas Bankia, 27 de febrero de 2020.

Bitcoin vs CBDC: Última llamada para la libertad*

Bitcoin vs CBDC: Last call for freedom

CAYETANA SANTAOLALLA MONTOYA
Profesora de Derecho Internacional privado
Universidad Pública de Navarra
ORCID ID: 0000-0002-2814-7894

Recibido:16.10.2023 / Aceptado:09.01.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8436

“Bitcoin es una oportunidad para escapar de la tiranía del dinero controlado por los Bancos Centrales”

SATOSHI NAKAMOTO

Resumen: El 12 de enero de 2023, el protocolo Bitcoin cumplió 14 años desde su puesta en marcha. El documento fundacional de Bitcoin (el *Whitepaper*) fue dado a conocer al mundo el 31 de octubre del 2008, por Satoshi Nakamoto**, quien desapareció para siempre el 10 de diciembre del 2010. En cada una de sus etapas a lo largo de más de 40 años de evolución, siempre estuvieron presentes en su estructura y su columna vertebral la libertad financiera del individuo, como derecho fundamental que tiene todo ser humano. Ahora, los Bancos Centrales, al albur del éxito y toma firme de posiciones del mercado criptográfico y económico por parte de la moneda creada por Satoshi, pretenden aplicar con premura y precipitación un programa de implantación paulatina en todo el mundo para sus monedas digitales, estrategia que llevan ya muy adelantada en países como China, Panamá o Nigeria. En este artículo se analizan las monedas digitales de los bancos centrales (CBDC-*central bank digital cryptocurrencies*), en contraposición a Bitcoin, con sus implicaciones jurídicas: la fe pública de la cadena de bloques, la jurisprudencia en torno a bitcoin, la (ausencia de) rendición de cuentas de los bancos centrales, los peligros de la centralización y la concentración de poder en la toma de decisiones, la pérdida de privacidad y anonimato, y la necesidad de hablar de un derecho en el ciberespacio.

Palabras clave: Bitcoin, CBDC, centralización, monopolio, libertad financiera.

Abstract: On 12 January 2023, the Bitcoin protocol celebrated 14 years since its launch. Bitcoin's founding document (the *Whitepaper*) was released to the world on 31 October 2008 by Satoshi Nakamoto, who disappeared forever on 10 December 2010. In each of its stages over more than 40 years of evolution, the financial freedom of the individual was always present in its structure and backbone, as a fundamental right that every human being has. Now, the Central Banks, on the back of the success and

* Este estudio fue “Finalista” en los Premios del Centro de Estudios Financieros (CEF) en 2023, en la modalidad de “derecho civil y mercantil”. La autora es investigadora del *Institute for Advanced Research in Business and Economics (INARBE)* y forma parte del grupo de *Digital Assets en el European Law Institute (ELI)*. Asimismo, forma parte de la “Red Europa-España de Derecho internacional privado”, (coordinador: Javier Carrascosa), de la *European Association of Private International Law (EAPIL)* y de la Red Académica de Defensa de la competencia (RADC) en España.

** S. NAKAMOTO, *Bitcoin*talk.

firm takeover of the “cryptographic” and economic market by the currency created by Satoshi, intend to apply with haste a program of gradual implementation worldwide for their digital currencies, a strategy that is already well underway in countries such as China, Panama or Nigeria. This paper discusses central bank digital cryptocurrencies (CBDC), as opposed to Bitcoin, with their legal implications: the public faith of the blockchain, the jurisprudence surrounding bitcoin, the (lack of) accountability of central banks, the dangers of centralisation and concentration of decision-making power, the loss of privacy and anonymity, and the need to talk about Law in Metaverse.

Keywords: Bitcoin, CBDC, centralization, monopoly, financial freedom.

Sumario: I. Introducción. II. Bitcoin. 1. Antecedentes históricos de Bitcoin. 2. La cadena de bloques como fedataria pública. 3. La jurisprudencia: ¿divisa, dinero electrónico o reserva de valor? III. Las CBDC. 1. La soberanía monetaria de los bancos centrales. 2. La (ausencia de) rendición de cuentas. 3. La concentración de poder de los bancos. 3.1. El cártel de divisas. 3.2. Conductas monopolísticas. 3.3. Los peligros de la centralización: una CBDC mundial. IV. El paradigma de la libertad. 1. La confianza- el trust. 2. Privacidad vs anonimato. V. Valoraciones finales.

I. Introducción

1. El dinero *on line*, digital o virtual, lleva mucho tiempo acompañándonos, y por ende, las decisiones centralizadas de aquellos que están detrás (tecnológicas, financieras, gobiernos, etcétera). El consumidor desconoce que detrás de cada decisión de pagar con Bizum¹, con Visa y/o Mastercard, con código QR, con su móvil...sus derechos y libertades fundamentales se diezman, poco a poco, y cada vez más. Como señaló ANTONOPOULOS, “uno de los problemas con la privacidad es que la pierdes cada día, pero no pagas el precio por ello en ese momento, quizá hasta mucho más adelante, y no puedes identificar inmediatamente el instante en el que tu pérdida de privacidad pasa de ser algo que es una inconveniencia a algo que es un riesgo de muerte”².

2. Cobramos las nóminas en un dinero virtual, pedimos un crédito y nos lo conceden en un dinero que no vemos, gastamos un dinero que no tocamos y los depósitos bancarios se contabilizan y transfieren mediante sistemas online. Con la llegada de la digitalización a la banca central, la competencia entre las monedas virtuales públicas (CBDC) y las monedas virtuales privadas (como bitcoin o las *stablecoins*) cobra una nueva dimensión.

3. Las teorías societarias del dinero³ sostienen que no es el Estado, sino la sociedad y sus gentes, quien decide qué es el dinero. Como resumieron BRUNNERMEIER y LANDAU: “Está surgiendo un nuevo tipo de dinero basado en unidades virtuales de valor que se mueven en internet. Se puede considerar, en términos generales, como dinero digital. Puede almacenarse en un dispositivo móvil o en un ordenador. Puede transferirse instantáneamente, como si se enviara un correo electrónico. Puede utilizarse para pagar de persona a persona (*peer-to-peer*) sin importar las distancias ni las fronteras”⁴ (todo lo señalado parece describir al propio bitcoin). La cuestión central que plantea la digitalización del dinero es el dinero público⁵, y las decisiones centralizadas que conducen a posibles monopolios y abusos de poder.

¹ J. M. GONZÁLEZ-PÁRAMO (2019), “La digitalización del dinero”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, p. 273.

² A. ANTONOPOULOS (2018). “Preguntas y respuestas de bitcoin: el precio de perder la privacidad”, <https://www.youtube.com/watch?v=2G8IgiLbT4>

³ “Para ellos, el dinero es aquello que el Estado diga que es dinero, y, por lo tanto, es competencia del mismo hacer con él lo que le venga en gana, lo que de forma inevitable supondrá imprimirlo para alcanzar los objetivos del Estado”. S. AMMOUS (2018), *El patrón Bitcoin: La alternativa descentralizada a los bancos centrales*, Deusto, p. 186.

⁴ M. BRUNNERMEIER & J. P. LANDAU (2022), “The Digital Euro: Policy Implications and Perspectives”, *Parlamento Europeo*.

⁵ R. M. LASTRA (2022), “En defensa del dinero público digital”, *El trimestre económico*, 89 (356), p. 1024.

4. Se analizan las implicaciones jurídicas de estas CBDC, en contraposición a bitcoin. Se presenta la cadena de bloques como fedataria pública, se analiza la jurisprudencia que presenta a bitcoin como moneda, o no, de curso legal. Se exponen los peligros de la concentración de poder en la toma de decisiones, los peligros de la falta de privacidad y anonimato al imponerse las monedas digitales, y se piensa en un nuevo derecho en el ciberespacio que supere las fronteras de los países.

II. Bitcoin

5. Muchos autores consideran que el nacimiento de la primera moneda digital: bitcoin, se produjo en el año 2008, coincidiendo con la gran crisis americana de las hipotecas *subprime*. Pero bitcoin se fue gestando mucho antes.

6. Bitcoin, en mayúsculas, es un protocolo en internet para la transferencia de valor digital entre personas, directa y sin intermediarios ni terceros “de confianza” que supervisen las operaciones. Se fundamenta sobre un sistema de confianza y consenso sin autoridad central ni jerarquías, y, por lo tanto, hace prescindibles a los bancos y los gobiernos.

7. En su protocolo, el conjunto de pagos o transacciones entre usuarios se van uniendo y quedando enlazados internamente en paquetes (bloques), dando una imagen final estable y encadenada (cadena de bloques) que ya no podrá ser modificada ni alterada. Esta cadena es pública, verificable, segura e inmutable gracias a los notarios (nodos) esparcidos por todo el mundo.

8. A los trabajadores de la plataforma (mineros), que confirman la legitimidad de las transacciones y confirman esos bloques se les premia con monedas que genera el propio programa: los bitcoin (en minúscula). Una vez validado cada bloque, el resto de verificadores (mineros) comprueban que este trabajo ha sido realizado conforme a las normas establecidas (*proof of work*), bajo el consenso y normas del protocolo, y el bloque se incorpora a la cadena ya de forma permanente e inmutable. El sistema continúa validando transacciones (nodos) para la creación y emisión de un nuevo bloque cada 10 minutos.

9. Los usuarios de la plataforma, para pagar o recibir monedas, necesitan tener acceso a la cadena. Las llaves para acceder a la cadena de bloques se denominan “carteras”. De la cadena de bloques nunca sale ningún bitcoin ni se transfiere a otro sitio. Bitcoin sólo puede cambiar de usuario o propietario, pero siempre dentro de la cadena. Como no hay terceros que intermedien en las operaciones, los usuarios son responsables únicos de su dinero, de cómo realizan las transacciones y guardan toda su información personal. Cada usuario se convierte de esta forma en su propio banco, de tal modo que cada uno tendrá que garantizarse la seguridad del bitcoin que posea⁶.

10. Algunas de las cualidades que hacen atractivo a Bitcoin, a la vez tan complejo y exigente, es que es “Descentralizado”, “Pseudoanónimo”, “Abierto”, “Neutral”, “Seguro”, “Inmutable”, “Incorruptible”⁷, “Inconfiscable”, “Verificable”, “Auditable”, “Incensurable”, es de “Código Abierto”, “Limitado”, “Escaso”, “Infalsificable”, “Divisible”, “Fungible” y “Transfronterizo”. Bitcoin es el “Internet del dinero”⁸. Bitcoin es el primer ejemplo de una nueva forma de vida. Vive y respira en internet⁹.

⁶ El programa sobre el que crece el protocolo se llama Bitcoin Core, y es un software de código abierto bajo licencia del Massachusetts Institute of Technology (MIT), que cualquiera puede ejecutar en su casa. J. GONZÁLEZ (2022), “¿Qué es Bitcoin Core?”, *Criptonoticias*.

⁷ Un hipotético ataque contra ella supondría una inversión multimillonaria con el único rédito de la obtención de recompensa por los últimos 1 o 2 bloques, porque este mismo ataque provocaría la intervención inmediata de los desarrolladores y una bifurcación de la cadena (lo que se conoce como un *fork*).

⁸ A. ANTONOPOULOS (2017), “Mastering bitcoin: programming the open blockchain”, *O’Reilly Media*.

⁹ R. MERKLE (2016), “DAOs, democracy and governance”, *Cryonics Magazine* n° 37 (4), 28-40.

1. Antecedentes históricos de Bitcoin¹⁰

11. De 1969 a 1973, ELLIS, COCKS y WILLIAMSON desarrollaron los conceptos de criptografía de clave pública¹¹. Y en 1973, G. CERF y KAHN¹² publicaron el documento fundacional para una nueva forma de comunicación global que constituye el protocolo sobre el que se ejecuta internet actualmente.

12. En 1976, DIFFIE y HELLMAN¹³ publicaron un documento sobre cripto sistemas de clave pública y señalaron que “había que utilizar la criptografía para asegurar la privacidad”.

13. En 1977, RIVEST, SHAMIR y ADLEMAN publican el RSA, abreviatura de sus tres apellidos, que contiene el método para obtener firmas digitales y sistemas de clave pública. El sistema criptográfico con clave pública RSA es un algoritmo cifrador de bloques, que utiliza una clave pública y otra privada, la cual es guardada en secreto por su propietario.

14. En 1979, MERKLE publicó el árbol de Merkle que será el fundamento de la cadena de bloques o “blockchain”¹⁴.

15. En 1981, CHAUM¹⁵ publicó el “correo electrónico irrastreadable, direcciones de retorno, y pseudónimos digitales”, que sentaban los fundamentos para aumentar la privacidad de las redes.

16. En 1985, CHAUM¹⁶ publicó el artículo con criptografía de curva elíptica.

17. En 1988, MAY¹⁷ redactó el “Manifiesto Criptoanarquista”, donde señalaba que dos personas pueden intercambiar mensajes, hacer negocios y negociar contratos electrónicos, sin saber nunca el nombre auténtico, o la identidad legal, de la otra”

18. En 1991, HABER y STORNETTA¹⁸ crearon su sellado de tiempo de un documento digital y ZIMMERMANN¹⁹ creó la *Pretty Good Privacy* (PGP), como forma de cifrado de criptografía fuerte utilizado en el correo electrónico.

19. En 1992, CHAUM²⁰ dió a conocer Digicash, un servicio de dinero electrónico criptográfico para bancos, y DE MONI NAOR y DWORK²¹ redactaron un protocolo para detener el spam por medio de una “prueba de trabajo”.

20. En 1993, HUGES publicó el manifiesto “Cypherpunk”²². Este grupo, muy preocupado por la privacidad y el anonimato, defendían que las leyes contra la propia criptografía no podían ir más allá de las fronteras nacionales.

¹⁰ A. MANCERA, *Cypherpunks, Criptoanarquistas*. https://www.youtube.com/watch?v=Ii_04qx-YIs s

¹¹ A. PREUKSCHAT (2014), “Crypto” un libro de Steven Levy – Cincuenta años de criptografía y su influencia sobre Bitcoin”, *Diario Digital del Dinero*.

¹² V. CERF, Biografía. <https://sistemas.com/11667.php>

¹³ W. DIFFIE & M.E. HELLMAN (1976), “New Directions in Cryptography Invited Paper”, *IEEE Transactions on Information Theory*, volume: 22, Issue: 6.

¹⁴ S. NAKAMOTO, <https://tabernabitcoin.com/bitcoin/el-camino-hasta-bitcoin-40-anos-de-investigacion>

¹⁵ D. CHAUM (1981), “Untraceable electronic mail, return addresses, and digital pseudonyms”, *University of California, Berkeley*.

¹⁶ A. PREUKSCHAT (2014), “Crypto” un libro de Steven Levy – Cincuenta años de criptografía y su influencia sobre Bitcoin”, *Diario Digital del Dinero*.

¹⁷ T. MAY (1988), “Manifiesto Criptoanarquista”, *Nakamoto Institute*.

¹⁸ A. NIETO (2021), “La historia y la evolución de la cadena de bloques”, *SwissBorg DAO*.

¹⁹ P. ZIMMERMANN (1991), “Pretty Good Privacy (PGP)”, *Encyclopedia of Cryptography and Security*.

²⁰ A. PREUKSCHAT (2014), “Crypto, un libro de Steven Levy – Cincuenta años de criptografía y su influencia sobre Bitcoin”, *Diario Digital del Dinero*.

²¹ M. NAOR & C. DWORK (1992), “Pricing via processing or combatting junk mail”, *IBM Research Division*.

²² E. HUGES (1993), “Manifiesto Cipherpunk”, *Nakamoto Institute*.

21. En 1995, SZABO²³ definió el contrato inteligente como un conjunto de promesas, incluidos los protocolos, dentro de los cuales las partes cumplen.

22. En 1997, BACK publicó “Hash Cash”, un documento que resolvía el problema de evitar la recepción de spam y correos basura²⁴, y fue una de las ideas esenciales que hicieron posible Bitcoin.

23. En 1998, DAY publicó “b-money”. Al igual que *Bit Gold* de Szabo, el *B-money* de Day se quedó en una propuesta de protocolo monetario. Su propuesta también fue recogida dentro del *Whitepaper* de Satoshi²⁵.

24. En 2004, FINNEY ejecutó la prueba de trabajo, el “*Proof of Work*”²⁶. Se trataba de “un algoritmo de prueba de trabajo que requería que el cliente del servicio realizara algún tipo de trabajo que tuviera cierto coste y que fuera verificado por la parte del servidor”.

25. El 31 de octubre de 2008, SATOSHI NAKAMOTO publicó el Whitepaper²⁷ de Bitcoin, el documento fundacional del protocolo de efectivo electrónico entre dos personas, sin necesidad de terceros “de confianza” y basado en la criptografía fuerte.

26. El 11 de enero de 2009, FINNEY²⁸ anunció al mundo que Bitcoin estaba en marcha con un escueto: “*Bitcoin running*”.

2. La cadena de bloques como fedataria pública

27. La cadena de bloques es pública, verificable, segura e inmutable gracias a los notarios (nodos) esparcidos por todo el mundo. La red de Bitcoin actúa como fedataria pública de todas las operaciones que se realizan en la red, deja una huella que corrobora, atestigua y da fe de lo que ha ocurrido en el universo virtual, en el ciberespacio²⁹. En el terreno legal, la consecuencia inmediata es la perfecta identificación de una transacción y del objeto intercambiado.

28. La cadena de bloques (blockchain) se equipara a un instrumento registral, indeleble, público y compartido, frente a otros registros centralizados. Evita la pérdida de datos y minimiza el extravío u obsolescencia de los mismos. En una compraventa, por ejemplo, identifica al comprador, al vendedor, la fecha, el precio, y es irrefutable. Registra las operaciones y todas están enlazadas, anudadas³⁰ en la cadena. No se puede manipular, no se puede duplicar, porque las claves criptográficas identifican a las partes en este registro descentralizado (*distributed ledger*).

29. Todo ello representa un ahorro en costes humanos, de tiempo, de gestión, en gastos de transacción, y en gastos legales, junto a una mejoría en la seguridad y la democratización de su uso porque no discrimina a nadie. No hay administrador central de la base de datos, por lo que no hay riesgo de destrucción o manipulación de ordenadores, servidores o registros centrales. De esta manera se reduce la necesidad de prueba documental en los juicios, en las compraventas, en los acuerdos entre las partes, y un largo etcétera. La cadena de bloques refuerza la autonomía de la voluntad de las partes (artículo 1255

²³ N. SZABO (1995), “Glosario de los smart contracts”, *Academy Bit2me*.

²⁴ A. BACK (1997), *Hash Cash*, <http://www.hashcash.org/papers/hashcash.pdf>

²⁵ S. NAKAMOTO (2010), *Re: They want to delete the Wikipedia article5-12-2010*, <https://bitcointalk.org>

²⁶ S. NAKAMOTO (2008), *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*, <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>;

²⁷ *Ibidem*

²⁸ H. FINNEY (2009) <https://bitcointalk.org/index.php?action=profile;threads;u=2436;sa=showPosts>

²⁹ R. ABRIL (2020), “A proposal of a new pattern for a Land Registry based on blockchain technology”, *Derecom* n° 28, 65-94.

³⁰ J. W. IBÁÑEZ JIMÉNEZ (2016), “Blockchain, ¿el nuevo notario?”, *Everis Comillas* p.3.

Código civil), en la medida en que capacita a los operadores a controlar toda la transacción, incentivando las operaciones. Todo ello sin fiscalización pública posible ni injerencias del ser humano.

30. Respecto a sus usos en el derecho, en la administración de justicia, los jueces se erigirán en fedatarios públicos cuando deban formalizarse contratos electrónicos. Y lo mismo ocurrirá en los registros públicos o administrativos cuando se incorporen los contratos que provengan de cadenas de bloques. Esto planteará el reto de centralizar toda la información en la medida en que la cadena de bloques, por definición, es un sistema descentralizado³¹.

31. Los notarios y/ o registradores pueden ver amenazadas sus funciones, y ser éstas reemplazadas por la cadena de bloques. Sin embargo, hoy por hoy, atestiguar la libre voluntad, la ausencia de vicios en el consentimiento y la plena capacidad de las partes sigue exigiendo una persona física³². Pero allí donde el elemento humano desaparezca, la fe pública que otorga la cadena de bloques pondrá en jaque sus funciones.

32. Si el legislador llegara a reconocer a la cadena de bloques como un documento público con amplio alcance, ello puede conducir al fin de ciertas profesiones, o a la necesidad, cuando menos, de su adaptación a una nueva realidad. Esos documentos pueden llegar a convertirse en los prevalentes si, además, son los únicos existentes en entornos comerciales o corporativos altamente digitalizados (banca, compraventa internacional, tecnológicas), sobre todo si se van implantando prácticas de contratación y dación de fe persona a persona (*peer to peer*), más seguras y eficaces³³.

33. En el sector financiero, en concreto, las cadenas de bloques ofrecen la posibilidad de eliminar cualquier entidad bancaria intermediaria que pueda entorpecer, frenar y encarecer las operaciones³⁴. Ello redundaría en la accesibilidad de la gente/consumidor, en el abaratamiento de los gastos y en la desaparición, poco a poco, de los bancos comerciales³⁵.

3. La jurisprudencia: ¿divisa, dinero electrónico o reserva de valor?

a. Sentencia Hedqvist del TJUE, 22 octubre 2015

34. El primer pronunciamiento del TJUE sobre bitcoin fue en 2015, con la sentencia *Hedqvist*³⁶. La controversia surgió entre la administración tributaria sueca y el señor Hedqvist acerca de si en las operaciones de cambio de divisas debería aplicarse el IVA, cuando involucrara a divisas tradicionales y a la divisa virtual bitcoin.

35. Teniendo en cuenta el precedente establecido con la sentencia del TJUE *First National Bank of Chicago C-172/96*³⁷, los servicios prestados por el sr Hedqvist se consideraban realizados a título oneroso, y quedaban exentos del pago del IVA, pero el sistema tributario sueco no estuvo de acuerdo y presentó un recurso que Hedqvist intentó paralizar. El tribunal contencioso administrativo sueco elevó la cuestión prejudicial al TJUE quien resolvió considerando que se trataba de prestaciones de servicios a título oneroso, consistentes en el intercambio de divisas tradicionales por unidades de la divisa virtual

³¹ *Ibidem*, p. 6.

³² J. W. IBÁÑEZ JIMÉNEZ (2016), “Blockchain, ¿el nuevo notario?”, *Everis Comillas* p. 7.

³³ C. MITRE ABUHAYAR, C. ALONSO ALLENDE, J.M. ESCAURIAZA, J. GONZALO, R. MÁRQUEZ & F. J. MORENO GARCÍA (2021), “Descifrando la blockchain: qué es y cómo nos puede afectar”, *Cuadernos empresa y Humanismo* nº 138, 138, p. 127.

³⁴ *Ibidem*, p. 126.

³⁵ Mercados de valores como el NASDAQ han comenzado a utilizar la blockchain en transacciones con valores privados y el 80% de los bancos reconocen que ya están trabajando en el desarrollo de una tecnología blockchain aplicable a su sector.

³⁶ TJUE C- 264/14, asunto *Hedqvist*, 2015, ECLI:EU:C:2015:718.

³⁷ TJUE C-172/96, asunto *First National Bank of Chicago*, 1998, ECLI:EU:C:1998:354.

(bitcoin) y que estaban exentas del IVA. En la argumentación jurídica se consideró a bitcoin una divisa más, con la particularidad específica de ser virtual.

36. Respecto a la primera cuestión prejudicial, se consideró que la Directiva 2006/112³⁸ del IVA sí se aplicaba a las prestaciones de servicios realizadas a título oneroso. Sin embargo, no se consideró a bitcoin un bien corporal puesto que no tiene una finalidad distinta que la de ser un medio de pago. (No ocurre lo mismo con las divisas tradicionales, que sí que se consideran medios de pago legales, por ser bienes corporales³⁹).

37. Respecto a la segunda cuestión prejudicial, se consideró que las operaciones exentas de IVA son operaciones financieras que no deben ser realizadas necesariamente por bancos o instituciones financieras⁴⁰, a pesar de que estas operaciones impliquen una transferencia de dinero⁴¹. Al ser la divisa virtual bitcoin un medio de pago contractual, según se desprende del Reglamento 593/2008 (Reglamento Roma I), por una parte, no es posible considerarla ni una cuenta corriente ni un depósito de fondos, un pago o un giro. Por otra parte, a diferencia de los créditos, cheques y otros efectos comerciales, constituye un medio de pago directo entre los operadores que la aceptan⁴². Lo que nos lleva a comprender a bitcoin como un medio de pago.

38. Los estados miembros eximirán del IVA a las operaciones relativas a las divisas, billetes de banco y las monedas que sean medios legales de pago. A bitcoin se le considera una divisa virtual, no corporal, pero no aclara si es considerada un medio de pago. Sólo lo matiza explícitamente el BCE, cuando señala en un informe en 2012 que “bitcoin es una divisa virtual, como el resto de divisas intercambiables, que permitían adquirir bienes físicos y virtuales, aunque no se consideraba como tal un medio de pago, no era dinero electrónico porque los fondos no respondían a una unidad de cuenta tradicional, como el euro, sino que respondían al propio bitcoin”⁴³.

39. El Tribunal estableció que “la moneda virtual de flujo bidireccional “bitcoin” ... no podía calificarse como un “bien corporal”...y caracterizó esta moneda como una moneda no tradicional, “distinta de las monedas que son medios legales de pago”, pero que puede ser utilizada por las partes siempre que hayan aceptado su uso como alternativa a los medios legales. Es decir, concede aquí amplios poderes a la autonomía de la voluntad de las partes (artículo 1255 Código civil español).

40. La mayor parte de las veces no habrá problema en otorgar validez jurídica a la transacción correspondiente, dada la libertad de celebrar el contrato por medios electrónicos concedida a las partes en virtud de los principios generales del Derecho contractual, como prevé el Reglamento Roma I⁴⁴.

41. Ahora bien, ¿la divisa, como tal, es considerada un medio de pago? ¿Podría ser considerado como dinero electrónico? En los razonamientos que emplea el propio tribunal se observa que sí que considera a la divisa, a cualquier divisa, como un medio de pago. Por lo tanto, si a bitcoin lo ha considerado como una divisa virtual, es divisa al fin y al cabo. Y aclara que bitcoin no es un medio de pago porque no responde a una unidad de cuenta tradicional -como el euro- sino al propio bitcoin. ¿Y hay que responder a una unidad de cuenta tradicional para ser un medio de pago tradicional? ¿O nos estamos sumergiendo en un escenario virtual donde las unidades de cuenta comenzarán a ser virtuales, como las CBDC?

³⁸ Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido

³⁹ TJUE, asunto C-172/96, fto. 25.

⁴⁰ TJUE, asunto C-455/05, ftos. 21 y 22 y C-461/12, fto. 29.

⁴¹ TJUE, asunto C-172/96, fto. 37.

⁴² TJUE, asunto C-172/96, fto. 42.

⁴³ TJUE, asunto C-264/14, caso Hedqvist, 2015, ECLI:EU:C:2015:718, fto. 12.

⁴⁴ P. DE MIGUEL ASENSIO (2022), *Derecho Privado de Internet*, 6ª ed, Civitas, Madrid, pp. 1462-1466

42. Pero la lectura de lo que señala la sentencia es muy importante para bitcoin como medio de pago, basado en la plena autonomía de la voluntad de las partes, para intercambiar las cosas o servicios que las partes consideren, donde rige la ley de la oferta y la demanda, y donde el precio lo pueden establecer las partes según la libertad y autonomía asumida en un marco de transacciones *peer to peer* (de igual a igual)⁴⁵. Actuaría como una nueva *Lex Mercatoria*, pero en el ciberespacio, virtual.

43. Por su parte, la Comisión Europea, en un procedimiento de infracción al derecho de la competencia, en el asunto AT- 40135 Forex⁴⁶, multó a varias entidades bancarias por la creación del cártel de las divisas. Ese cártel afectó a 11 divisas. Y en todo momento la Comisión Europea consideró que la divisa era un medio de pago.

44. La doctrina⁴⁷ considera que bitcoin funciona como una divisa y que se acepta como medio de pago, lo que faltaría es la propia regulación de esta cuestión por el legislador. Pero mientras eso ocurre, ¿dónde queda la autonomía de la voluntad de las partes que se erige como máxima en el derecho?⁴⁸.

45. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea determinó con esta sentencia que bitcoin era una divisa virtual, y que podía ser aceptada por las partes como un medio de pago no corporal⁴⁹.

b. Sentencia Paysera del TJUE, 16 enero 2019

46. La controversia surgió entre Paysera LT, una sociedad lituana que disponía de licencias para realizar pagos y emitir dinero electrónico, licencias ambas concedidas por el Banco de Lituania. Tras una supervisión realizada por el Banco de Lituania, se obligó a Paysera, para poder seguir con su actividad, a revisar los métodos de cálculo de los fondos propios de las entidades de dinero electrónico.

47. Fue entonces cuando el Banco de Lituania se negó a reconocer como servicios de pago vinculados a la emisión de dinero electrónico a) las transferencias realizadas por un titular de dinero electrónico desde una cuenta de dinero electrónico abierta en una entidad de dinero electrónico a cuentas de terceros abiertas en entidades de crédito, y b) el cobro de pagos por bienes y/o servicios entregados o prestados por los clientes de una entidad de dinero electrónico que disponían de cuentas de dinero electrónico a favor de personas que adquirirían dichos bienes o servicios y que no participaban en el sistema de dinero electrónico.

48. En la sentencia Paysera se hace hincapié en “la definición de dinero electrónico, que se considera que es todo aquel valor monetario almacenado por medios electrónicos o magnéticos que representa un crédito sobre el emisor, se emite al recibo de fondos con el propósito de efectuar operaciones de pago (...), y que es aceptado por una persona física o jurídica distinta del emisor de dinero electrónico”⁵⁰.

49. Para el Abogado general⁵¹, “bitcoin no es dinero puesto que no cumple las tres funciones del dinero: no es medio de cambio, ni depósito de valor, ni unidad de cuenta. Estos activos no están respaldados ni gestionados por ninguna entidad central, ni existe garantía de poderlo canjear por di-

⁴⁵ M. CUENA CASAS (2020). “La contratación a través de plataformas intermediarias en línea”, *Cuadernos de derecho transnacional*, 12 (2), 283-348. <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5612>

⁴⁶ COMISIÓN EUROPEA, Política de Competencia, Resumen de la Decisión de la Comisión de 2 de diciembre de 2021 relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 101 del TFUE y el artículo 53 del Acuerdo EEE (Asunto AT.40135 - Forex - Sterling Lads).

⁴⁷ S. NAVAS NAVARRO (2015), “Un mercado financiero floreciente: el del dinero virtual no regulado (Especial atención a los Bitcoins)”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo* nº 13, pp. 79-115.

⁴⁸ J. ALFARO ÁGUILA-REAL (1993), “Autonomía privada y derechos fundamentales”, *Anuario de derecho civil*, p. 121-122.

⁴⁹ J. W. IBÁÑEZ JIMÉNEZ (2016), “Blockchain, ¿el nuevo notario?”, *Everis Comillas*, p. 5.

⁵⁰ TJUE C-389/17, asunto Paysera, 2019, ECLI:EU:C:2019:25, fto. 24.

⁵¹ Conclusiones del Abogado General M. WATHELET, 2018, asunto C389/17, sentencia Paysera LT, fto.53.

nero cuando los necesites. Sus transacciones son lentas, de coste elevado, y no pueden utilizarse para pagar las facturas diarias. No lo emite ninguna autoridad pública central, y no tiene el mismo nivel de confianza que una moneda oficial como el euro, que está respaldada por los bancos centrales de la zona del euro”⁵². En su análisis, el abogado general considera que dinero electrónico es Proton, miniCASH, Moneo, Geldkarte y Paypal. Para el abogado general, el dinero sólo se almacena en una red, el soporte es “informático” o virtual, y bitcoin no es dinero electrónico.

50. Estas observaciones del Abogado general chocan con las opiniones vertidas por el TJUE en la sentencia Hedqvist, donde si considera que bitcoin sea una divisa virtual, que sea dinero legal porque se entiende dentro de la autonomía voluntad de las partes y lo que ellas consideran que tiene valor, y finalmente es objeto de intercambio entre las mismas.

51. Respecto a las conclusiones del Abogado general, sus reflexiones no rebaten a bitcoin como divisa virtual, unidad de cuenta de bitcoin y medio de pago aceptado por dos partes libremente en una transacción convenida por las mismas, como se señaló en el asunto Hedqvist.

52. El TJUE, en la sentencia Paysera, resolvió la cuestión prejudicial estableciendo que “el artículo 5.2º de la Directiva 2009/110 debía interpretarse en el sentido de que los servicios prestados por entidades de dinero electrónico en el marco de operaciones de pago constituían actividades vinculadas a la emisión de dinero electrónico, si tales servicios generaban la emisión o el reembolso de dinero electrónico en el marco de una única operación de pago”.

53. El concepto de *reembolso* no está definido en las Directivas 2007/64 y 2009/110 y se considera que es la reconversión del dinero electrónico a su valor nominal y el subsiguiente abono de los fondos a la orden del titular del dinero electrónico⁵³, algo que Bitcoin puede realizar sin problema alguno.

54. Lo más importante de esta sentencia, con respecto a bitcoin, es que el TJUE estima, en parte, las consideraciones planteadas por el abogado general, al exigir que se trate de una única operación de pago, pero no llega a pronunciarse sobre la naturaleza de bitcoin, algo que sí que hace el propio abogado general en la sentencia Paysera.

c. Sentencia del Tribunal Supremo, 20 junio 2019

55. El Magistrado ponente del Tribunal Supremo, de 20 junio de 2019⁵⁴, considera que bitcoin no es dinero, ni puede tener esa consideración legal a los efectos de responsabilidad civil, al considerar que se trata de un activo inmaterial de contraprestación en cualquier transacción bilateral en la que los contratantes lo acepten.

56. En su primera sentencia por una estafa en bitcoin, el tribunal confirma una condena de dos años de prisión al administrador único de la empresa Clouddt Trading & Devs LTD que firmó contratos de gestión con cinco personas que le entregaron los bitcoins en depósito para que, a cambio de una comisión, reinvirtiera los dividendos y entregara las ganancias obtenidas. La Audiencia Provincial de Madrid impuso al acusado el pago a las víctimas de una indemnización por el valor de la cotización de los bitcoins en el momento de la finalización de cada uno de sus respectivos contratos, que se determinaría en ejecución de sentencia, y declaró, además, la responsabilidad civil subsidiaria de la empresa.

⁵² Siguiendo al Abogado General: “Se trata más bien de una *moneda virtual* que no responde ni a la definición de un medio de pago en el sentido del Código Monetario y Financiero... dado que el *bitcoin* no se emite ... al recibo de fondos. Además, a diferencia del dinero electrónico, el *bitcoin* no está respaldado por una garantía legal de reembolso en todo momento y por su valor nominal”.

⁵³ TJUE C-389/17, fto. 26 y 27

⁵⁴ Tribunal Supremo, 20 junio 2019, ECLI:ES:TS:2019:2109.

57. Como no estaban de acuerdo con ello, los demandantes estafados presentaron recurso de casación ante el Tribunal Supremo y alegaron que lo procedente hubiera sido que la sentencia recurrida condenara al acusado a restituir los bitcoins sustraídos y, sólo si en fase de ejecución de sentencia no se restituyeran esos bienes, proceder entonces a su valoración y acordar la devolución de su importe. En este contexto se comprende el artículo 1170 Código civil español que establece que “El pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada y, no siendo posible entregar la especie, en la moneda de plata u oro que tenga curso legal en España”.

58. La Sala responde que, aunque su propia jurisprudencia ha expresado la obligación de restituir cualquier bien objeto del delito, incluso el dinero, las víctimas de la estafa no fueron despojados de bitcoins que debían serles retornados, sino que “el acto de disposición patrimonial que debe resarcirse se materializó sobre el dinero en euros que, por el engaño inherente a la estafa, entregaron al acusado para invertir en activos de este tipo. Por otro lado, tampoco el denominado bitcoin es algo susceptible de retorno, puesto que no se trata de un objeto material (corporal, tangible), ni tiene la consideración legal de dinero”. Es en este punto donde el TS es contrario a reconocer a bitcoin como dinero, a pesar de que las partes incluso llegan a exigir el reembolso de los mismos bitcoins, como si fuera más importante para los demandantes los propios bitcoins que el dinero que valían los mismos.

59. El magistrado explica, en su argumentación jurídica, que “el bitcoin no es sino un activo patrimonial inmaterial en forma de unidad de cuenta definida mediante la tecnología informática y criptográfica denominada Bitcoin (protocolo), cuyo valor es el que cada unidad de cuenta o su porción alcance por el concierto de la oferta y la demanda en la venta que de estas unidades se realiza a través de las plataformas de trading bitcoin”.

60. Añaden que este coste semejante de las unidades de cuenta en cada momento permite utilizar al bitcoin “como un activo inmaterial de contraprestación o de intercambio en cualquier transacción bilateral en la que los contratantes lo acepten, pero en modo alguno es dinero, o puede tener tal consideración legal, dado que la Ley 21/2011, de 26 de julio, de dinero electrónico, indica en su artículo 1.2º que, por dinero electrónico, se entiende solo el “valor monetario almacenado por medios electrónicos o magnéticos que represente un crédito sobre el emisor, que se emita al recibo de fondos con el propósito de efectuar operaciones de pago (...), y que sea aceptado por una persona física o jurídica distinta del emisor de dinero electrónico”.

61. Así, concluye la Sala, por más que la prueba justificara que el contrato de inversión se había hecho entregando los recurrentes bitcoins y no los euros que transfirieron al acusado, “no puede acordar la restitución de los bitcoins, siendo lo adecuado reparar el daño e indemnizar los perjuicios en la forma que se indicó en la sentencia de instancia, esto es, retornado a los perjudicados el importe de la aportación dineraria realizada (daño), con un incremento como perjuicio que se concreta en la rentabilidad que hubiera ofrecido el precio de las unidades bitcoin entre el momento de la inversión y la fecha del vencimiento de sus respectivos contratos”.

62. Por su parte, el artículo 110 del Código Penal dispone que la responsabilidad civil derivada del hecho descrito por la ley como delito debe materializarse en la restitución de la cosa objeto del delito. La imposibilidad de hacerlo da lugar al derecho a obtener una reparación equivalente al daño sufrido, además de la posibilidad de percibir una indemnización por los perjuicios materiales y morales. Esto es, del fracaso del retorno de la cosa nace la obligación de compensar económicamente el valor del menoscabo sufrido por la pérdida de la cosa (daño), así como la obligación de aportar al perjudicado una satisfacción que reequilibre el quebranto que derive de ese daño (perjuicio).

63. Aun cuando la jurisprudencia de esta Sala ha expresado la obligación de restituir cualquier bien objeto del delito, para el magistrado LLARENA, bitcoin no es algo susceptible de retorno puesto que no se trata de un objeto material, ni tiene la consideración legal de dinero. El Tribunal desestima el re-

curso de casación presentado por las cinco personas estafadas y el recurso interpuesto por el condenado contra la sentencia recurrida, que se confirma en su integridad.

64. Según GLEESON, “el dinero es lo que generalmente se acepta como pago. Hay ejemplos de tókenes, a lo largo de la historia, que han actuado como tal. Por ejemplo, las conchas de Cawrie en la antigua China (...). A veces se sugiere que estos instrumentos derivan su estatus monetario de la promesa de alguna autoridad de aceptarlos como pago de impuestos u otras obligaciones. En realidad, es más probable que ocurra exactamente lo contrario. El estatus monetario es lo que determina los impuestos”⁵⁵.

III. Las CBDC

65. La cuestión que se plantea con la digitalización del dinero es la interpretación que debe hacerse del dinero público, como la base del sistema monetario y que proporcione la unidad de cuenta para todas las transacciones que se realizan. Ese dinero público digital, ¿se controlará de alguna manera? ¿O serán las grandes empresas tecnológicas (Fintech), las grandes empresas financieras y los gobiernos quienes centralizarán, sin ninguna rendición de cuentas, todas las decisiones respecto al dinero público digital de curso legal?

66. Para LASTRA, una moneda de curso legal es la facultad de extinguir de manera válida y definitiva las obligaciones monetarias que deben ser aceptadas por el Estado y por todos los particulares como liquidación definitiva, pago final o finiquito. Y afirma que la posibilidad legal de atribuir el estatus de moneda de curso legal a una moneda depende de las disposiciones normativas⁵⁶. Su postura exige legislación y regulación.

67. El TFUE, en su artículo 128, establece una base jurídica para que el BCE y los bancos centrales nacionales emitan un euro digital, como equivalente digital y complemento del efectivo tangible. Y señala que “el BCE tendrá el derecho exclusivo de autorizar la emisión de billetes de banco en euros en la Unión. El BCE y los bancos centrales nacionales podrán emitir dichos billetes, que serán los únicos de curso legal en la Unión”.

68. El hecho de que El Salvador y la República Centroafricana hayan adoptado el bitcoin (una moneda privada) como moneda de curso legal proporciona una nueva dimensión a este concepto de moneda de curso legal.

1. La soberanía monetaria de los bancos centrales

69. Un Banco Central (BC) es una institución pública que gestiona la moneda de un país, controla la oferta monetaria, y tiene como objetivos, entre otros, la estabilidad de los precios. Un BC no es un banco comercial y por la definición misma de “público”, debe ser carente de ánimo de lucro⁵⁷. En la Unión Europea, la política monetaria forma parte de las competencias exclusivas de la Unión (artículo 3 TFUE), por lo que sólo la UE podrá legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes. La política monetaria afecta a la emisión de billetes y monedas, asegura el buen funcionamiento de los sistemas de pago, debe gestionar las reservas en moneda extranjera y deben fijar los tipos de interés, lo que acarrea muchas veces inflación⁵⁸. En Europa, esas tareas se encomiendan al BCE (artículos 127

⁵⁵ R. M. LASTRA (2022), “En defensa del dinero público digital”, *El trimestre económico*, 89 (356), p. 1024.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 1015.

⁵⁷ La tendencia natural a centralizar las reservas llevó al surgimiento de un banco central como institución no competitiva y sin ánimo de lucro que maneja las reservas de otros bancos comerciales y presta a los bancos competidores en momentos de dificultad; C. GOODHART (1988), “The Evolution of Central Banks”; *Banco Central Europeo* (2015) www.ecb.europa.eu/ecb

⁵⁸ J. IBÁÑEZ DE ALDECOA FUSTER (2023), “Determinantes de la inflación española en 2023: efectos indirectos y alimentos”, *Informe La Caixa*.

a 133 TFUE) que afectará principalmente a los 20 países europeos que tienen el euro como moneda en circulación⁵⁹.

70. Un BC se puede considerar como el Banco para los bancos comerciales ya que estos pueden acudir a él para pedir prestado. Los BC deben contribuir a la estabilidad del sistema financiero mediante la supervisión de los bancos comerciales, con el fin de asegurar que los prestamistas no asuman riesgos excesivos.

71. Según el derecho internacional, la soberanía monetaria es un atributo particular de la soberanía general del Estado⁶⁰. R. MUNDELL (1997), premio Nobel de Economía, sostiene que la soberanía monetaria incluye el derecho a determinar lo que constituye la unidad de cuenta, los medios de pago, y el derecho a emitir dinero⁶¹, que se concreta en el derecho de un Estado a declarar lo que es moneda de curso legal⁶².

72. Hablar de criptomonedas, de *stablecoins* y de CBDC hace tambalearse a las nociones tradicionales de dinero. De hecho, el auge de las criptomonedas y las *stablecoins* es la mayor amenaza para la soberanía monetaria en la actualidad, y seguramente por este motivo las autoridades monetarias están respondiendo con el desarrollo e implantación de las CBDC⁶³.

73. Como señala LASTRA, fue el temor de los bancos ante el desarrollo de medios de pago privados (como Meta, luego Diem, de Facebook) y las monedas digitales, lo que hizo despertar en los bancos un miedo a sentirse desplazados y quedarse fuera del sistema monetario y financiero. Y es que las CBDC no encajan en las categorías existentes de dinero de los bancos centrales, como reservas y/o billetes. El dinero del banco central consiste en billetes y reservas. Los billetes (efectivo en circulación) están a disposición del público en general, mientras que las reservas sólo están a disposición de los bancos comerciales que mantienen depósitos en el banco central. Por lo tanto, ¿dónde encaja el desarrollo de las CBDC?

74. Los depósitos o cuentas bancarias son dinero de los bancos comerciales (no centrales) y representan una creación privada de dinero. La mayor parte de nuestro dinero, excepto los billetes y las monedas, ya es electrónico y es privado.

75. Hay tres tipos de dinero: billetes, reservas y depósitos bancarios. Una CBDC sería una nueva forma de dinero del banco central, es decir, que la CBDC no es ninguna de las tres “categorías” de dinero que ya existe. La pregunta es: ¿por qué se deben considerar a las CBDC como dinero y a bitcoin no? No existe una definición general comúnmente aceptada del término CBDC.

76. La CBDC es considerada como una nueva forma de dinero del banco central. Es decir, un pasivo del banco central, denominado en una unidad de cuenta existente, que sirve tanto de medio de cambio como de depósito de valor⁶⁴. Lo que hace que sea una nueva forma de dinero es que la CBDC es emitida digitalmente por el banco central y destinada a servir como moneda de curso legal. La diferencia estriba en el banco central porque el resto de los elementos de la definición son aplicables a bitcoin.

⁵⁹ Alemania, Austria, Bélgica, Chipre, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos y Portugal.

⁶⁰ C. D. ESPÓSITO (2010), “Soberanía e igualdad en el derecho internacional”, *Estudios internacionales*, 43 (165), 171-195.

⁶¹ R. MUNDELL (1997). “Money and the Sovereignty of the State (International Economic Association Conference in Trento)”, *CEEL Economía*.

⁶² K. PISTOR (2018), “From territorial to monetary sovereignty”, *Theoretical Inquiries in Law*, 18(2), 491-517

⁶³ R. M. LASTRA (2022), “En defensa del dinero público digital”, *El trimestre económico*, 89 (356), p. 1023.

⁶⁴ Comité de Infraestructuras de Pagos y Mercado, CIPM (2022).

77. Para LASTRA⁶⁵, Bitcoin es la representación digital de un valor o un conjunto de derechos contractuales. Lo que nos hace introducir elementos jurídicos importantes: autonomía de la voluntad de las partes (artículo 1255 Código civil) y elementos contractuales propios de una relación jurídica. En ningún momento, cuando hablamos de las monedas digitales privadas, se concibe una parte débil (o consumidor), porque las relaciones son entre pares iguales (*peer to peer*), y sin apenas conocer la identidad de las partes. No así cuando hablamos de las CBDC, donde obligatoriamente, por la regulación y centralización que existe, sí que se produce un desequilibrio en la relación. Por un lado, se encuentra el banco central o el banco comercial, y por otro se encuentra un consumidor que necesita ser protegido. ¿Protegido de quién? Ese intermediario obligatorio es el que encarece las transacciones, el que permite desviaciones de poder y exige que se regularice para proteger sus propios y lucrativos intereses (no intereses de bien común).

78. Las leyes de los bancos centrales les otorgan a esos bancos la facultad de emitir billetes (artículos 127 y 133 TFUE), incluyendo disposiciones específicas relativas a la producción, la circulación y el retiro de billetes y monedas; también les otorga la facultad de abrir cuentas para sus contrapartes (que son exclusivamente los bancos comerciales), como base legal para mantener las reservas.

79. Si se planteara la posibilidad de que esas monedas digitales fueran descentralizadas, o híbridas, y que tuvieran un alcance mayorista porque se permitiera a los particulares hacer uso de las cuentas en los bancos centrales, la lógica sería aplastante y abriría un abanico de posibilidades a los consumidores muy difícil de rebatir⁶⁶. Esa ventaja competitiva también se observaría si las CBDC fueran diseñadas con intereses. Una CBDC podría construirse técnicamente para llevar una tasa de interés, lo que abriría así una nueva oportunidad para la conducción de la política monetaria. Esta posibilidad resulta muy interesante para incentivar su uso y el ahorro, así se observa en el acuerdo celebrado entre Apple y Goldman Sachs⁶⁷ que acaban de sacar sus cuentas de remuneración al 4,15%, pero cuidado, que esas cuentas no permiten la disposición de efectivo. ¿Quizás sea una estrategia para captar el dinero ahorrado por los consumidores ante un escenario de inestabilidad financiera que nos arrastra hacia el dinero digital y un mundo sin efectivo?

80. Los principales inconvenientes respecto de las CBDC se clasifican en financieros y no financieros. Entre los riesgos financieros están la desintermediación bancaria, las restricciones crediticias; la posibilidad de inflar los balances de los bancos centrales; la volatilidad, y los riesgos para la estabilidad monetaria y financiera. Entre los riesgos no financieros están la privacidad, la vigilancia estatal de las decisiones de gasto de los ciudadanos y el aumento del poder de los bancos centrales.

2. La (ausencia de) rendición de cuentas

81. Sobre la obligada independencia de los Bancos Centrales, la necesidad de rendir cuentas y su carácter público, todo esto debe llevar de forma implícita una ausencia en el ánimo de lucro. Es necesario traer en este punto alguna información sobre una entidad superior sobre los BC como es el “Banco de Pagos Internacionales” (BIS), a la sazón el Banco de los Bancos Centrales, con sede en Basilea (Suiza).

82. El BIS fue creado por los gobernadores del Banco de Inglaterra y el *Reichsbank*, en 1930. Se encargó de coordinar las reparaciones de los alemanes a los aliados, y desde su inicio comenzó a aceptar el oro incautado por los nazis en 1939, en Checoslovaquia. Lavaron el oro “obtenido” de los nazis y les vendieron moneda extranjera para impulsar aún más su maquinaria de guerra, provocando

⁶⁵ R. M. LASTRA (2022), “En defensa del dinero público digital”, *El trimestre económico*, 89 (356), p. 1017.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 1020.

⁶⁷ J. FRANKLIN & P. MCGEE (2023), “Apple y Goldman Sachs ofrecen una cuenta de ahorros en EEUU con el 4,15% de interés”, *Expansión*.

un alargamiento del enfrentamiento y la miseria⁶⁸. Después de la Segunda Guerra Mundial, Charles de Gaulle y Rusia exigieron que se cerrara el BIS, pero se opusieron desde Wallstreet y consiguieron que siguiera adelante.

83. El Director gerente del BIS, A. CARSTENS, señala⁶⁹ que “el sistema debe ser seguro y estable, con participantes públicos y privados que rindan cuentas al público; asimismo debe ser eficiente e inclusivo. Los usuarios deben poder controlar sus datos y debe prevenir el fraude y el abuso. Toda transacción legítima con criptoactivos puede hacerse mejor con dinero del BC”.

84. Todo el sistema y los activos del BIS están fuera del alcance “legal” de cualquier gobierno o jurisdicción. Este banco es intocable a todos los efectos puesto que ni las autoridades suizas tienen jurisdicción sobre el banco o sus instalaciones, ni siquiera pueden acceder a sus edificios. Tiene sólo 140 clientes y en 2011-2012 obtuvo ganancias libres de impuestos de \$ 1.17 mil millones. Tampoco tienen que pagar impuestos. Actualmente, cada 2 meses, los banqueros centrales del mundo se reúnen para discutir y ajustar la política monetaria global y no rinden cuentas a nadie⁷⁰.

85. Respecto de otro importante organismo económico internacional, la Reserva Federal americana (FED)⁷¹, cuyas decisiones repercuten directamente en la macroeconomía de todo el mundo, es una entidad privada que imprime dinero con el único criterio que el propio, y conforme a cómo interpretan los datos de la economía. Parte del dinero que obtienen lo prestan luego a los bancos privados a un interés muy bajo (alrededor del 1%), y este dinero prestado por la FED, a su vez, lo prestan los bancos a la gente a intereses superiores entre el 5 y el 10%, cerrando de este modo el círculo de un negocio seguro y lucrativo. Con las ganancias obtenidas a lo largo del año, la FED paga dividendos al 6% anual a sus accionistas (*stockholders*) que son, entre otros y a su vez, los bancos privados⁷². Contra este panorama y contra estos macro-organismos-económicos-internacionales es contra quienes late bitcoin cada 10 minutos.

86. En el funcionamiento de la FED se observa una falta absoluta de rendición de cuentas. La realidad es que deberían ser restringidos por una supervisión adecuada del Congreso (artículo 1 de la Constitución americana). Sin controlarlos, la Reserva Federal cae en un déficit democrático⁷³.

87. La independencia de los bancos centrales es esencial para su diseño institucional. En el caso del BCE, se basa en el compromiso establecido en el artículo 282.3º TFUE, que señala que el BCE “será independiente en el ejercicio de sus competencias y en la gestión de sus finanzas” y que “las instituciones, órganos y organismos de la Unión, así como los Gobiernos de los Estados miembros respetarán dicha independencia”. Se pide a los bancos centrales que desempeñen dos tareas contradictorias: ser independientes y rendir cuentas⁷⁴.

⁶⁸ A. LEBOR (2013), “Tower of Basel: The Shadowy History of the Secret Bank that Runs the World”, *New York: Public Affairs*, <https://archive.org/details/towerofbaselshad0000lebo/page/n7/mode/2up>

⁶⁹ A. CARSTENS es Director General del Banco de Pagos Internacionales (BIS), Jon Frost Economista en Jefe a cargo de las Américas en el Banco de Pagos Internacionales. H. SONG SHIN, Consejero Económico y Director de Investigación del Banco de Pagos Internacionales Sembrar confianza (2022) <https://www.imf.org/es/Publications/fandd/issues/2022/09/A-foundation-of-trust-Carsten-Frost-Shin>

⁷⁰ S. LUTZ (2018) <https://twitter.com/simonlutz21/status/1038811798521229312>

⁷¹ G. RICHARDSON & J. ROMERO (2019), “Banco de la Reserva Federal de Richmond, La reunión en la isla Jekyll”, *Federal Reserve*.

⁷² LEY DE LA RESERVA FEDERAL, div. F, título LXV, § 6510, 1 de enero de 2021, 134 Statute 4633, siempre que: “El monto en dólares especificado en la sección 7 a de la Ley de la Reserva Federal”. <https://www.federalreserve.gov/aboutthefed/section7.htm>

⁷³ P. CONTI-BROWN & D.A. WISHNICK (2020), “Technocratic Pragmatism, Bureaucratic Expertise, and the Federal Reserve”, *Yale Law Journal*, 130, p 706.

⁷⁴ M. DAWSON, A. MARICUT-AKBIK & A. BOBIĆ (2019), “Reconciling Independence and accountability at the European Central Bank: The false promise of Proceduralism”, *European Law Journal*, 25 (1), p. 76.

88. El artículo 119 TFUE enumera como funciones del BCE la estabilidad de precios y el “apoyo de las políticas económicas generales de la Unión, de conformidad con el principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia”. El actual marco de rendición de cuentas del BCE garantiza que la institución se mantiene dentro de su mandato sólo desde el punto de vista procedimental⁷⁵, pero lo importante son las decisiones sustantivas, que no se auditan ni controlan de ninguna manera. Y el TJUE también muestra deferencia hacia el BCE, lo que pone en jaque la propia independencia y arbitrariedad del organismo en la toma de decisiones.

89. La Unión Bancaria se creó en 2014, para impulsar la Unión económica y monetaria (UEM) y está compuesta por el BCE y los bancos de los estados miembros que tienen el euro como moneda en circulación. Consta de dos mecanismos: el Mecanismo único de supervisión (MUS) y el Mecanismo único de resolución (MUR). La Unión bancaria podría desarrollar una noción nueva de la rendición de cuentas, que se centrara en la evaluación de la actuación del BCE, respecto a sus normas procesales y sustantivas⁷⁶. Pero sólo se observa un inconveniente, y es que la máxima autoridad de supervisión de la Unión Bancaria es el BCE ¿Se rendirá cuentas a sí mismo? A pesar de existir bastante jurisprudencia⁷⁷ respecto a sus actuaciones, adolece de un verdadero mecanismo de rendición de cuentas, que sea efectivo y eficiente, y es urgente que los mecanismos de control de cuentas se corrijan.

3. La concentración de poder de los bancos

90. La posibilidad de crear una moneda puramente digital era algo impensable hace no hace mucho, sin embargo, pensar en monedas digitales permitía alumbrar procesos más rápidos y ágiles con un servicio 24/7 de carácter global⁷⁸. Si a ello se une el descenso en el uso del dinero en metálico, no debe de sorprender que los monopolistas en la emisión de dinero legal hayan empezado a interesarse por el rol del Banco Central como emisor de una moneda digital.

91. Para el BCE⁷⁹, el euro digital “ofrece un medio de pago electrónico para cualquiera en la zona euro. Debe ser accesible, sólido, seguro, eficiente y acorde a la ley. También garantizará el máximo nivel de privacidad. El euro digital será seguro y fácil de usar, al igual que el efectivo en la actualidad”. Por su parte, para el Banco de España⁸⁰, una CBDC, o euro digital, es una nueva forma de dinero emitida de forma electrónica por el BCE, con el objetivo de mejorar el sistema de pagos, dada la aparición y creación de instrumentos electrónicos de pago privados no regulados que puede poner en riesgo la estabilidad financiera.

92. Hace ya años que el comercio en Internet está dependiendo, casi en exclusividad, de las instituciones financieras como terceros de confianza en el proceso de los pagos electrónicos, a través del uso de Visa, Mastercard, Paypal y Bizum, entre otros. Y hace ya años que es posible pagar las compras directamente con monedas digitales como Bitcoin, Ether, Monero, UsdC, UsdT... (a través de páginas como Bitrefill, Cakepay, etc...).

⁷⁵ *Ibidem*, pp. 92-93.

⁷⁶ FROMAGE, D., DERMINE, P., NICOLAIDES, P., & TUORI, K (2019), “ECB independence and accountability today: Towards a (necessary) redefinition?”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 26, pp. 15 y 16.

⁷⁷ Sentencias del Tribunal General UE: asunto T-122/15, ECLI:EU:T:2017:337; asunto C-310/04 Spain v Council, ECLI:EU:C:2006:521; asuntos C-105-109/15P Mallis and Others v European Commission and ECB, ECLI:EU:C:2016:702; asunto T-376/13 Versorgungswerk der Zahnärztekammer Schleswig-Holstein v ECB, ECLI:EU:T:2015:361; asunto C-17/99 France v Commission, ECLI:EU:C:2001:178; asunto C-445/00 Austria v Council, ECLI:EU:C:2003:445; asunto T-410/03 Hoechst GmbH v Commission, ECLI:EU:T:2008:211; asunto T-79/13 Accorinti v ECB, ECLI:EU:T:2015:756 y opinión del Abogado General Cruz Villalón, asunto C-62/ 14 Gauweiler, ECLI:EU:C:2015:7

⁷⁸ J. M. GONZÁLEZ-PÁRAMO (2019), “La digitalización del dinero”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, pp. 257-278, p. 273.

⁷⁹ BANCO CENTRAL EUROPEO (2023), *El Euro Digital*.

⁸⁰ BANCO DE ESPAÑA (2021), *Qué son las CBDC*, <https://www.bde.es>

93. De esta definición oficial del euro digital, queda claro que su uso queda constreñido exclusivamente dentro de la Unión Europea, por lo tanto, este dinero digital público no es transfronterizo. Sólo será válido dentro de los 20 Estados europeos que han adoptado el euro como moneda en circulación. Sobre la accesibilidad, habría que ver hasta qué punto es programable y no se aplicarán criterios de valoración ciudadana para conceder o denegar derecho de cuenta digital, equiparándolo al crédito social chino⁸¹.

94. Respecto de la seguridad, habría que estudiar qué sistemas de protección digitales e informáticos se piensan implantar desde los organismos e instituciones europeas. El nivel máximo de privacidad no se podrá alcanzar porque sólo ocurrirá cuando sea exclusivamente el usuario el que conozca y controle sus movimientos...

3.1. El cártel de divisas

95. En 2019, la Comisión europea, en el caso AT 40135 Forex, impuso multas por un importe de 1,07 millones de euros a cinco entidades financieras porque se demostró que intercambiaban información confidencial y sensible para fijar el precio de las divisas⁸² en el mercado de intercambio. Afectó a once divisas, que operaban en el mercado de FOREX (Foreign Exchange)⁸³, y seis de esas divisas operan en el área Económica europea (EFTA), como son: la libra esterlina, el franco suizo, la corona danesa, la corona sueca, la corona noruega y el euro, aunque afectó también a otras divisas, como el yen japonés, el dólar americano, canadiense, neozelandés y australiano. La multa se impuso por la infracción de los artículos 101 TFUE y del artículo 53 del Acuerdo EEE, que prohíbe los carteles y otras prácticas comerciales restrictivas.

96. La primera Decisión adoptada por la Comisión sobre el acuerdo conocido como *Three Way Banana Split*, estableció una multa de 811.197.000 euros a los bancos Barclays, The Royal Bank of Scotland (RBS), Citigroup y a JPMorgan. La segunda Decisión, sobre el acuerdo conocido como *Essex Express*, impuso una multa de 257.682.000 euros a Barclays, RBS y a MUFG Bank. El banco UBS recibió la inmunidad total al revelar toda la información relativa al cártel, y colaborar con la investigación, evitando así una multa de 285 millones de euros⁸⁴.

97. Ambas decisiones se basaron en el intercambio de información privilegiada que realizaron los agentes de estos bancos en varias salas de chat de internet, entre 2007 y 2013. Y parece claro que, sin las pruebas que aportó el banco USB, la Comisión nunca hubiera tenido conocimiento de este cártel. De no mediar el programa de clemencia, los bancos comerciales hubieran quedado totalmente impunes.

98. Durante toda la investigación, la Comisión argumentó que las divisas son consideradas como monedas de curso legal, que son medio de cambio, valor de cuenta y reserva de valor. Lo que, enlazando con la sentencia Hedqvist del TJUE, conduce a reconocer la importancia en el sistema monetario de todas y cada una de ellas, y cómo el sr. Hedqvist podía intercambiar unas divisas tradicionales por otras nuevas virtuales, porque las partes consentían en reconocer valor al cambio y ese intercambio giraba en torno a las leyes de la oferta y la demanda, con una amplia demanda para la nueva divisa virtual bitcoin.

⁸¹ D. GARCÍA SÁNCHEZ (2022), "Big brother ¿ciencia ficción o realidad?", *Ius et Scientia*, 8 (1), pp. 9-34.

⁸² L. GONZÁLEZ PACHÓN (2019), "El cartel del dinero, Algunas cuestiones suscitadas a propósito de dos Decisiones de la Comisión europea de 16 de mayo de 2019 en relación con prácticas anticompetitivas en el mercado de divisas", *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*, n.25

⁸³ Es el mercado o trading de divisas más grande del mundo, que, sin sede física, opera con un promedio de 5 billones de dólares como resultado del intercambio diario de divisas. Este cartel se ha dado a conocer como el cártel en el mercado de divisas. La decisión es del caso AT 40135 FOREX, aunque, según el programa de clemencia, se ha producido una exención total de la multa en un caso, y unas reducciones considerables en otros, según la Comunicación de la Comisión 2002/C 45/03.

⁸⁴ L. GONZÁLEZ PACHÓN (2019), "El cartel del dinero, Algunas cuestiones suscitadas a propósito de dos Decisiones de la Comisión europea de 16 de mayo de 2019 en relación con prácticas anticompetitivas en el mercado de divisas", *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*, n.25

3.2. Conductas monopolísticas

99. ANDOLFATTO estudia el impacto de una moneda digital del banco central en un sector bancario monopolístico. Él considera que la introducción de una moneda de un banco central no tiene ningún efecto perjudicial sobre la actividad crediticia de los bancos y puede, en algunos casos, servir para promoverla⁸⁵. La presión de la competencia puede reducir los beneficios, pero amplía la financiación de depósitos a través de una mayor inclusión financiera y el ahorro deseado.

100. Si la moneda digital de un banco central se diseñara correctamente podría incluso ser bueno para la estabilidad financiera, pero el problema surge cuando no está diseñada correctamente. Sus defensores prevén que funcione como una opción pública básica, ofreciendo a las personas una serie de privilegios actualmente reservados a los bancos comerciales (abrir cuentas en los bancos centrales), pero el sector bancario es monopolístico y no permitirá que los consumidores contraten cuentas bancarias directamente con el banco central⁸⁶.

101. POWELL recurrió a una contradicción para intentar explicar la postura de la Reserva Federal de EEUU (FED) sobre las CBDC⁸⁷...“al señalar que con ellas se estaría buscando la protección de la privacidad con la verificación de la identidad...”. En realidad, nadie podrá realizar una operación privada si se exige el mismo nivel de entrega de datos que actualmente requieren los bancos, porque esa información puede ser revelada por otra persona distinta que el interesado. De hecho, no existen niveles de privacidad si no es uno mismo, y sólo él, el que controla su propia información. Directamente no hay privacidad, y mucho menos anonimato. Las operaciones anónimas no son nunca posibles habiendo alguien más como intermediario. Privacidad y anonimato son derechos individuales que nacen y recaen en cada individuo por el hecho de nacer (artículo 18 Constitución española) y actualmente están siendo seriamente amenazados.

102. El gerente general del BIS⁸⁸ advirtió que “la diferencia con las CBDC es que el Banco Central tendrá control absoluto en las reglas y regulaciones que determinarán el uso de esa expresión de la responsabilidad del banco central”. En línea y contenido similares, desde la subdirección del FMI⁸⁹ se señaló que las CBDC se podrían utilizar para condicionar e imponer los consumos de las personas dependiendo de sus criterios “objetivos” y señaló que las “agencias gubernamentales y actores del sector privado las programarán para crear contratos inteligentes que permitan funciones de políticas específicas...”.

103. Por su parte, el artículo 102 TFUE prevé, como conducta anticompetitiva, “la prohibición del abuso de dominio que pueda limitar el mercado... “. Cuando se piensa en las CBDC, no se debe obviar que representan una amenaza, resultado de la concentración de poder que ostentan aquellos que toman las decisiones (los bancos centrales, los poderes ejecutivos y las grandes empresas privadas tecnológicas que influyen sobre los anteriores, que van a ser necesarias para desarrollar e implantar esas monedas digitales). Y todos ellos fijarán los precios en el sector bancario en la implantación de las monedas digitales de los bancos centrales⁹⁰.

104. La industria de los servicios de pago se vuelve más atractiva cuanto mayor es el número de usuarios en el sistema. Esta dinámica tiende a concentrar el mercado en un pequeño número de

⁸⁵ D. ANDOLFATTO (2021), “Assessing the impact of central bank digital currency on private banks”, *The Economic Journal*, 131 (634), p. 525.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 526.

⁸⁷ J. POWELL (2022), presidente de la FED, <https://www.youtube.com/watch?v=06cG1qskOrc>

⁸⁸ A. CARSTENS (2020) BIS, <https://www.youtube.com/watch?v=rpNnTuK5JJU>

⁸⁹ B. LI, Conferencia octubre 2022. <https://www.youtube.com/watch?v=wh3HAuCeDug>

⁹⁰ D. ANDOLFATTO (2018), “Assessing the Impact of Central Bank Digital Currency on Private Banks”, *Federal Reserve Bank of St. Louis*, Research Division, Working Paper Series, p. 25.

proveedores, pudiendo dar lugar a monopolios naturales⁹¹. La tendencia hacia una sociedad sin dinero en efectivo puede generar una sociedad vulnerable, “si el mercado de pagos se concentra en pocos participantes”⁹². Al introducir las CBDC con acceso directo a través de los bancos centrales nacionales y los bancos comerciales, el BCE compite con los bancos comerciales. Esta competencia podría llegar a considerarse desleal⁹³ con base en la facultad exclusiva del BCE de emitir moneda de curso legal y el carácter público que tienen los bancos centrales nacionales⁹⁴.

105. La digitalización de la economía continuará, lo que podría agravar los problemas de competencia en los mercados dominados por las plataformas digitales, incluido el mercado de pagos⁹⁵. En la otra cara de la moneda, bitcoin tiene una política monetaria inflexible compuesta por 21 millones de unidades, por lo tanto, es finito. Bitcoin representa la soberanía financiera del individuo, es accesible para todos, es descentralizado y, utilizado de forma correcta, preserva la privacidad y el anonimato de sus usuarios⁹⁶.

3.3. Los peligros de la centralización: una CBDC mundial

106. La idea de una moneda global (que sea pública y privada) se remonta al Bancor de KEYNES. Aunque el Bancor nunca se estableció, en 1969, se creó el DEG (derechos especiales de giro) como principal activo de reserva del sistema monetario internacional. La exdirectora gerente del FMI⁹⁷ planteó la posibilidad de lanzar una versión digital del DEG, que facilitara su uso, al poder circular junto con las criptomonedas nacionales o regionales⁹⁸. Y justo se ha aprobado la Unidad Monetaria Universal (UMU)⁹⁹, una moneda digital mundial que ha sido autorizada por el Fondo Monetario Internacional (FMI).

107. La UMU es una criptomoneda que se ha creado para apoyar a la banca central y a las instituciones financieras reguladas. En su diseño se ha tenido muy en cuenta a bitcoin, aunque hay una diferencia fundamental entre ambas: la UMU está centralizada, controlada y puede ser eventualmente intervenida. En paralelo, y para evitar la posible competencia de bitcoin, el FMI ha pedido no reconocer a bitcoin como moneda de curso legal (consejo que, por cierto, no han seguido países como El Salvador o la República Centroafricana).

108. La Autoridad Monetaria de Moneda digital (DCMA) -dependiente del FMI y que ha autorizado esta CBDC a nivel mundial- son todos los Estados soberanos, bancos centrales, bancos comerciales y minoristas y otras instituciones financieras, lo que hace prever una fuerte concentración del poder en la toma de decisiones, con los riesgos que ello conlleva.

109. Es importante tener en cuenta que UMU (o Unicoín) no será una moneda digital del banco central en el sentido tradicional, está destinado a funcionar “como una CBDC”. Sin embargo,

⁹¹ J. TIROLE (2019), “Regulating the Disruptors”, *Project Syndicate The Year Ahead*.

⁹² A. CARRASCOSA & J. GARCÍA MONTALVO (2021), “Monedas digitales de bancos centrales, Stablecoins, Diseño basado en tokens, Diseño basado en cuentas, Diseño híbrido”, *Papeles de Economía Española*, nº 170, p. 6.

⁹³ DIRECTIVA 2005/29, 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

⁹⁴ A. M. MOOIJ (2022), “A digital euro for everyone: can the european system of central banks introduce general purpose cbdc as part of its economic mandate?”, *Journal Bank Regulation*; A. M. MOOIJ (2022), “The European central bank’s monetary policy and central bank digital currency: can the ecb lawfully introduce a digital euro under its monetary mandate?”, *Irish Journal of European Law*, nº 23.

⁹⁵ A. USHER, E. RESHIDI, F. RIVADENEYRA & S. HENDRY (2021), “The positive case for a CBDC”, *Bank of Canada*.

⁹⁶ S. AMMOUS (2018), *El patrón bitcoin, la alternativa descentralizada a los bancos centrales*, Deusto, 2018, pp. 185-209.

⁹⁷ C. LAGARDE (2017), “Central Banking and Fintec, A Brave New World?”, *International Monetary Fund*.

⁹⁸ R. M. LASTRA (2022), “En defensa del dinero público digital”, *El trimestre económico*, 89 (356), p. 1025.

⁹⁹ R. MARSHALL (2022), “The Digital Currency Monetary Authority (DCMA) launches an International Central Bank Digital Currency (CBDC)”, *Newswire*; “El FMI lanza una moneda digital para uso de los bancos de todo el planeta”, *Cryptonews*, <https://cryptonews.net/es/news/finance/20793706/>

es legalmente una mercancía monetaria. La DCMA ha redactado una ley para su CBDC que se llama la Ley Modelo de Unidad Monetaria Universal¹⁰⁰. En dicha ley se establece que la UMU no será una moneda de curso legal para negociar precios internos o acuerdos comerciales internacionales, pero si funcionará como depósito de valor, mitigando la devaluación de la moneda y se utilizará como método de pago.

110. La centralización entorpece el funcionamiento de un verdadero mercado y hace imposible adoptar decisiones acertadas basadas en los precios¹⁰¹, pero los peligros que acompañan a las CBDC, en cuanto a activos digitales centralizados y controlados, se extienden y se amplían de forma muy peligrosa, y no se está informando de ellos.

111. Los usuarios entregarán toda la información personal a cambio de poderlas utilizar, no sólo el mencionado “*Know your Customer*, o KYC”, sino que todos los hábitos de consumo quedarán recogidos en la base del sistema. Es el fin total de la privacidad del ciudadano normal.

112. A estas monedas se les podrá poner fecha de caducidad, es decir, se hará imposible el ahorro ni guardar para el futuro. Se podrá aplicar un “puntaje social por comportamiento”, lo cual llevará al ser humano a una especie de dictadura digital.

113. Como señala JIMÉNEZ, “aunque las CBDC prometen algunos beneficios claros, amenazan con una nueva forma de tiranía de la información, descrita como la vigilancia del dinero. Siguen trabajando para continuar teniendo en sus manos el poder y control del dinero de los ciudadanos como así también la privacidad y libertad que puedan querer tener ellos sobre su dinero”¹⁰².

114. Los Bancos Centrales no estarán dispuestos a mostrar sus libros contables y de registros en una red infinita como Internet, justo al revés que pasa con Bitcoin, donde el registro es completamente transparente y se puede acceder con conexión a internet a cualquier transacción.

115. El balance del usuario va a estar totalmente controlado por la entidad bancaria y así como puede aumentar dicho balance en forma de beneficio también lo podrá descontar. Además de permitirle el acceso a privilegios, los impuestos pueden llegar a ser deducidos por defecto de forma instantánea, las multas de tráfico, las tasas municipales, podrían realizarse sin previo aviso, y deberán pagarse de manera instantánea.

116. Los bancos tradicionales (comerciales) pasarán a ser actores secundarios, e incluso a dejar de ser necesarios para el propio sistema. Su intermediación entre el usuario y el Banco Central ya no será necesaria, por lo que su existencia estará supeditada a una reconversión o su destino final será la extinción.

117. Van a poder emitir millones de CBDC de forma sencilla, barata y rápida, pudiendo provocar inflaciones de forma instantánea, y podrán provocar devaluaciones de las monedas digitales, justificando después todos estos actos por un bien superior general y muy humano. “Solo en 2020, en USA, se han creado el 22% de todos los USA dólares emitidos desde el nacimiento de la nación. Este es dinero que Estados Unidos no tiene. Se crea de la nada ... respaldado por nada más que la buena fe en el gobierno federal”¹⁰³.

¹⁰⁰ N. PONGRATZ (2023), ¿Cuál es el avance de la nueva CBDC internacional UNICOIN?, *Beincrypto*.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 155

¹⁰² D. JIMÉNEZ (2022), “Con el ADN cripto, las CBDC son la kriptonita de la libertad financiera”, *Cointelegraph*.

¹⁰³ J. REMSBURG (2020), “Criptos preparados para un estallido”, *Nasdaq*.

IV. El paradigma de la libertad

1. La confianza- El trust

118. Conviene hacer algunas reflexiones a raíz de la quiebra reciente de los bancos Silicon Valley, Signature Bank y Silvergate -que están cristalizando en consecuencias directas en los balances de bancos tradicionales en todo el mundo- y a raíz de la inflación mundial desbocada provocada por la impresión sin control de dinero por parte de la Reserva Federal americana (dólar) y el BCE (euro) -que no rinden cuentas de sus decisiones ante nadie, y con reuniones entre los líderes de Rusia y China que hacen tambalear la hegemonía del dólar-.

119. Una moneda de 1 euro o un billete de 20 dólares no se intercambian por su valor intrínseco. Su valor radica en la confianza que tiene el público en su uso, dado que existe un Banco Central que respalda su emisión¹⁰⁴. ¿Pueden las monedas digitales llegar a sustituir a las monedas tradicionales emitidas por un Banco Central?

120. Durante la segunda mitad del siglo XX, destacados economistas han venido defendiendo la abolición del monopolio en la emisión del dinero de los Bancos Centrales y Estados. HAYEK¹⁰⁵ analizó la competencia entre las monedas privadas y públicas, defendiendo la libre competencia en la emisión y circulación de los medios de pago. Toda aquella entidad financiera que lo deseara podría crear su propia moneda, pero cuidando la estabilidad de su valor a través de compras y ventas de la misma. Bitcoin es una respuesta específica a los fallos del dinero emitido por el Banco Central¹⁰⁶.

121. El FMI¹⁰⁷ habla de restricciones cuantitativas de moneda, de reducir el número de usuarios, de marcar límites a los monederos, de la imposibilidad de anonimato asociado al lavado de dinero y la necesidad de cumplir las normas. No obstante, lo importante de lo que señala el FMI no son tanto los detalles referidos como el concepto global que recoge y aglutina a todos ellos, y es que las CBDC van a estar controladas por los Bancos Centrales, puesto que de ellos dependerá su acuñado, consumo, reparto, caducidad, información, validación, acceso... Por lo tanto, las vidas de las personas van a quedar expuestas y condicionadas por completo a organismos superiores que van a decidir, orientar y finalmente imponer. Los ciudadanos van a ser fuertemente vigilados si aceptan el uso de este sistema. Por todo esto, es lógico pensar que las CBDC ni serán verificables ni se podrán auditar, porque esto abriría las transacciones al escrutinio de la gente.

122. Como señaló S. NAKAMOTO “es necesario un sistema de pago electrónico basado en prueba criptográfica en lugar de confianza, permitiendo que dos partes interesadas realicen transacciones directamente entre ellas, sin necesidad de un tercero de confianza. Si las transacciones son computacionalmente imposibles de revertir, protegerán a los vendedores del fraude, y cualquier mecanismo de depósito de garantía se puede implementar fácilmente para proteger al comprador”¹⁰⁸.

123. Lo que resulta evidente es que el desarrollo e implantación de las CBDC se está realizando con urgencia. Los Bancos Centrales del mundo tienen mucha prisa por desarrollar sus proyectos de

¹⁰⁴ J. M. GONZÁLEZ-PÁRAMO (2019). “La digitalización del dinero”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, p. 260.

¹⁰⁵ F. HAYEK (1993). *A desnacionalización del dinero*, Unión Editorial, Madrid.

¹⁰⁶ J. M. GONZÁLEZ-PÁRAMO (2019), “La digitalización del dinero”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, pp. 259 y 260.

¹⁰⁷ M. BECHARA, W. BOSSU, N. CHE, S. DAVIDOVIC, J. KIFF, I. LUKONGA, T. MANCINI GRIFFOLI, T. SUN & A. YOSHINAGA (2022) “Detrás de escena de la moneda digital del banco central: tendencias emergentes, ideas y lecciones”, *International Monetary Fund*; N. SCHWARZ, K. CHEN, K. POH, G. JACKSON, K. KAO, F. FERNANDO & M. MARKEVYCH (2021), “Activos virtuales y lucha contra el lavado de dinero y lucha contra la financiación del terrorismo: algunas consideraciones legales y prácticas”, *International Monetary Fund*.

¹⁰⁸ S. NAKAMOTO (2008), *Bitcoin: un sistema de dinero en efectivo electrónico peertopeer1*, p. 1.

moneda digital e implantarlas con premura¹⁰⁹, y no se está apostando por ganar la confianza de la gente. Impera una absoluta desinformación sobre este tema.

2. Privacidad vs anonimato

124. El modelo tradicional de banca consigue un “cierto” nivel de privacidad limitando el acceso a la información. La necesidad de anunciar públicamente en la cadena de bloques (como Bitcoin hace) todas las transacciones excluiría, en principio, esta condición, aunque se puede mantener la privacidad rompiendo el flujo de información si se mantienen anónimas las claves privadas, o siempre que el poseedor de bitcoin no haya hecho alguna adquisición con identificación de KYC (haya entregado datos personales). El público podría ver que alguien está enviando una cantidad a otra persona, pero sin posibilidad de vincular las transacciones con alguien concreto. Esto es similar a lo que permite el pago en moneda papel, o lo que ocurre con las bolsas de valores, donde se publican las operaciones, pero sin indicar quién las ha realizado¹¹⁰.

125. El ministro de hacienda en Reino Unido, J. HUNT¹¹¹ adelantó que “para instaurar la libra digital se aplicarán sistemas rigurosos de estándares de privacidad y protección de datos. Y afirma que la libra digital no sería anónima porque es necesario identificar a los usuarios para prevenir delitos financieros”.

126. Pero 30 años antes, 1993, E. HUGES¹¹² ya había respondido al ministro inglés: “La privacidad no es secretismo. Una cuestión privada es algo que no queremos que todo el mundo sepa, pero una cuestión secreta es algo que no queremos que nadie sepa”. La conclusión es que sólo si es privado puede llegar a ser anónimo. Si no es privado nunca podrá ser anónimo. Si no se dan ambas condiciones, que es el mecanismo que promueven las CBDC, entonces es centralizado, controlado y vigilado.

127. En China, el jefe del proyecto del yuan digital¹¹³ confirmó que el Banco Popular de China ha estado trabajando para permitir un anonimato limitado en cumplimiento de las regulaciones globales contra el lavado de dinero. Advierte de que las autoridades chinas deberían poder acceder a los datos de la CBDC sobre personas sospechosas de delitos, y que una moneda digital completamente anónima interferiría en la prevención de delitos como el blanqueo de dinero, la financiación del terrorismo, la evasión fiscal y otros. La presidenta del BCE¹¹⁴, en 2022, se expresó en términos muy similares.

128. Como señaló SNOWDEN, “la CBDC es algo más cercano a ser una perversión de la criptodivisa, (...) una moneda criptofascista. Cada dólar emitido por un BC se mantiene en una cuenta gestionada por un BC registrada en un vasto libro de Estado que puede ser continuamente escrutado y eternamente revisado”¹¹⁵.

129. HAYEK analizó cuál iba a ser el desarrollo del dinero, de la política monetaria, del patrón oro, y de la economía keynesiana¹¹⁶ y señaló que dudaba de la existencia de un “dinero bueno” antes de que se le

¹⁰⁹ C. LAGARDE (2022), “El Consejo de Gobierno decidió el 21 de octubre poner en marcha una fase de investigación de 2 años, y será al final de esa fase de investigación cuando se tome definitivamente la decisión de poner en marcha las CBDC y hacerlas realidad. Si podemos acelerar el trabajo, sin duda, lo apoyaré”, <https://www.youtube.com/watch.14?v=kBVW9T3nxS8>

¹¹⁰ S. NAKAMOTO (2008), *Bitcoin: un sistema de dinero en efectivo electrónico peertopeer1*, p. 6.

¹¹¹ J. HUNT (2023), *HM Treasury y Bank of England consideran planes para una libra digital*, UK Government, <https://www.gov.uk/government/news>

¹¹² E. HUGES (1993) *Manifiesto Cypherpunk*.

¹¹³ H. PARTZ (2022) “Un funcionario explica por qué la CBDC de China no debe ser tan anónima como el efectivo”, *Cointelegraph*, <https://es.cointelegraph.com>

¹¹⁴ C. LAGARDE (2022), <https://www.youtube.com/watch?v=hO9fSV9f2bY>

¹¹⁵ E. SNOWDEN (2021) *Tu dinero y tu vida*, <https://edwardsnowden.substack.com/p/cbdc>

¹¹⁶ F. A. HAYEK (1984) <https://www.youtube.com/watch?v=9-uo-KfnkHI>

quitara a los gobiernos de las manos... Todo lo que se podía hacer era introducir, de manera astuta, algo que no pudieran detener”. Porque parece claro que si hubieran podido detener a Bitcoin, ya lo habrían hecho.

130. Bitcoin parece que tiene soluciones para sortear los peligros enunciados por y para las CBDC, puesto que su importancia radica en el cambio de paradigma económico preexistente, fundamentado en la confianza y consenso entre sus nodos libres e independientes, y en la posibilidad de ofrecer a sus usuarios la privacidad y anonimato que el sistema actual se empeña en cercenar y suprimir.

131. Sin embargo, Bitcoin no es privado ni anónimo por defecto, sino que es pseudónimo. Si alguien quiere preservar la privacidad y anonimato lo podrá lograr, pero deberá trabajar y estudiar para conseguirlo. Bitcoin puede aportar una fuerte privacidad, pero hay muchas formas de usarlo que no son muy privadas. Además, y para no facilitar el proceso existen compañías de vigilancia a gran escala de todo el ecosistema de Bitcoin, y los clientes que contratan sus servicios son las plataformas centralizadas (las que exigen *Know Your Customer* KYC), administraciones y gobiernos de todo el mundo que desean conocer toda la información que rodea a Bitcoin y sus ciudadanos.

132. Al comprar a través de las plataformas centralizadas (Binance, Coinbase, e-toro, bit2me, etc), los usuarios asocian su identidad con las compras y sus tenencias digitales. El camino para lograr la privacidad no es sencillo. Algunas herramientas y consejos que se pueden utilizar para lograrla son las siguientes:

- Hay que evitar entregar todos los datos personales en las plataformas de intercambio. Hay plataformas de intercambio “persona a persona” en las que no debes entregar tus datos personales ni confirmar la identidad (HodlHodl o Bisq). No revelar la identidad real ni direcciones de bitcoin en las redes sociales.
- Se puede comprar en segunda capa (Lightning) en bots de Telegram como LNP2PBOT ó Robosats. Para pagos pequeños, incluso para pagos diarios, es mejor hacerlos a través de Lightning o segunda capa de bitcoin¹¹⁷. Como norma general siempre se obtiene más anonimato con aplicaciones que usan Lightning, siempre corriendo bajo TOR.
- Es conveniente tener la billetera respaldada por un nodo propio, puesto que así el acceso a la cadena de bloques no requiere ningún intermediario. La forma más segura y privada de guardar bitcoin es en una hardware wallet y pasándola por el nodo propio, que exige cierto nivel técnico y conocimientos.
- Transmitir transacciones en cadena sobre TOR si la billetera no es compatible, como señaló Nakamoto¹¹⁸.
- No se deben reutilizar direcciones para recibir, ni juntar varias cantidades en una sola (lo que se denomina: consolidar). El número de direcciones es ilimitado, no hay que escatimar con esto. Hay que evitar las direcciones de cambio y de vuelta sin identificar o clasificar, porque de nuevo se puede cometer un error al consolidarlas con una cantidad identificada con KYC y eso “contamina” al total¹¹⁹. Lo mejor es utilizar las direcciones bitcoin una sola vez, como señaló Nakamoto¹²⁰.
- Hay que evitar realizar pagos de números redondos y exactos. Esto implica que es una operación propia.
- Realizar “Coinjoin”, que es un tipo de mezcla o transacción colaborativa que sirve para ofuscar y romper la probabilidad de identificar a cada uno de los propietarios de las monedas que intervienen en la mezcla.

¹¹⁷ @P_Hold (2020), <https://estudiobitcoin.com/que-metodos-utilizan-para-romper-tu-privacidad-al-usar-bitcoin-y-como-combatirlos-parte-i/>

¹¹⁸ S. NAKAMOTO (2010). *Merecido por ETFbitcoin* (2), xtraelv (1). <https://bitcointalk.org>

¹¹⁹ Darthcoin (2021), *Lightning máquina limpiadora*, <https://bitcointalk.org>

¹²⁰ S. NAKAMOTO (2009), *Sobre anonimato de bitcoin*, <https://bitcointalk.org>

- Realizar SWAPS, en el que se intercambia el historial de transacciones de una moneda.
- Hay que intentar utilizar carteras (Sparrow, Samurai, Electrum...) que tengan herramientas que ofusquen las operaciones y sirvan para preservar la privacidad¹²¹.
- Se recomienda utilizar aplicaciones con mezcladores descentralizados, o whirlpools no custodios, en los que los bitcoin siempre permanecen en poder del propietario.
- Para comprar bitcoin lo más privado son los pagos en efectivo y en persona. Menos privado si se paga usando alguna de las herramientas que ofrecen los bancos tales como Bizum, Halcash o Sepa instantánea.
- Los bancos y neobancos cuyo IBAN entregado a sus clientes no sea del país de residencia también ayudan a mantener la privacidad: Wise, Revolut, N26, Bankera.
- Aunque generalmente se paga un precio más alto al de mercado, se puede comprar bitcoin por medio de ATM (cajeros automáticos) e incluso en tiendas físicas con un % sobre precio de mercado que oscila entre el 5% y el 12%.
- El uso de multifirmas para validar las transacciones no se aconseja para pagos comunes. Las multifirmas sí se recomiendan para ahorros a largo plazo.
- Algunas empresas, pocas todavía, pagan a sus trabajadores directamente en bitcoin, y hay otras que hacen de intermediarios. Cada vez hay más trabajos ofertados relacionados directamente con bitcoin.

133. Los peligros de la pérdida de la privacidad no se ciñen solamente a la vida cotidiana, al instante, al lugar geográfico en el que cada uno reside. No tener privacidad es también un producto y tiene un precio que hay que pagar y en muchos lugares del mundo ese precio es la propia vida¹²².

V. Valoraciones finales

134. Primera. Bitcoin es la evolución de más de 40 años de trabajo de la gente mejor preparada del mundo en matemáticas, criptografía, informática, filosofía, sociología, física, ingeniería, economía, derecho... Bitcoin es muy versátil y se convierte en lo que cada persona necesita que sea. Es una revolución en la forma de organización segura para el ser humano. Ha conseguido, a través de su consenso, poner de acuerdo a todos sus integrantes de un sistema completamente libre y descentralizado, sin necesidad de que esos integrantes se conozcan, y sin la necesidad de un tercero que valide o respalde sus operaciones. Ha logrado colocar a las matemáticas en lugar del ser humano como posible elemento supervisor, controlador y censor de las operaciones entre individuos. Bitcoin ha cambiado para siempre el significado del concepto de “confianza” que antes había que aportar para realizar operaciones de valor, intercambios y transacciones. Además, Bitcoin es la primera escasez digital en la historia del hombre.

135. Segunda. Las actuaciones que se realizan en la cadena de bloques no aseguran la capacidad y la voluntad de las partes intervinientes en la relación contractual, ni la legalidad/autenticidad de los documentos que se introducen en la cadena, pero sí garantiza, sin coste registral, el contenido y permanencia de los datos introducidos en su serie histórica. Esta cadena de bloques amenaza la estabilidad y arraigo de ciertas profesiones jurídicas, los fedatarios públicos, y se presenta y asume posiciones firmes como validador imbatible, incorruptible, descentralizado, con accesibilidad libre y abierta para todos.

136. Tercera. Respecto a la posición que adopta el Tribunal Supremo cuando señala que bitcoin no es dinero porque no es medio de cambio, ni unidad de cuenta, ni depósito de valor, utilizando las razones que él mismo esgrime:

¹²¹ @P_Hold (2020), *Qué métodos utilizan para romper tu privacidad al usar Bitcoin y cómo combatirlos*.

¹²² A. ANTONOPOULOS (2018), *Preguntas y respuestas de bitcoin: el precio de perder la privacidad*, <https://www.youtube.com/watch?v=2G8IgiLbT4>

- a. “un medio de cambio es cuando entramos a una tienda a comprar y podemos pagar con él”, existen ya establecimientos en España tales como Carrefour, Corte Inglés, Decathlon, Ikea, MediaMarket... donde se puede comprar con una tarjeta en bitcoins, e igual sucede con el pago de artículos a través de la capa 2 de Bitcoin (*Lightning*) en cafeterías, restaurantes, oficios artesanos, zapaterías...
- b. “Es una unidad de cuenta cuando se usa como criterio para anunciar los precios y registrar las deudas y para pedir préstamos” y encontramos instituciones financieras, como Blockfi, Ledn, etc..., que ofrecen la contratación de préstamos con cargo a bitcoin.
- c. “Y es un depósito de valor cuando se utiliza para transferir el poder de compra del presente al futuro”, y aquí llama poderosamente la atención que el BIS haya aprobado que los bancos centrales puedan ahora guardar y mantener hasta un 2% de sus hojas de balance en bitcoin. El 2% de las hojas de balance de los bancos centrales representan 3,6 trillones de dólares¹²³ que podrán convertirse en bitcoins como depósito de valor ¿Será entonces que el propio BIS ya considera a bitcoin como un depósito de valor?

137. Cuarta. Respecto a la rendición de cuentas de los bancos centrales, sería oportuno que se creara un mecanismo transparente, eficaz y resolutivo no sólo en cuanto a las normas de procedimiento, que parece que sí funciona, sino y sobre todo, respecto a las normas sustantivas y las decisiones que los propios Bancos centrales adopten. Que el Parlamento Europeo controle sus actuaciones, como el Congreso americano (Senado y Cámara de representantes en USA) “debería” controlar a su Reserva Federal, sería el inicio de un camino necesario. No son suficientes las sanciones políticas¹²⁴ (art 130 TFUE) sino que deben rendirse cuentas por aquellos que toman las decisiones que afectan a la UEM en Europa.

138. Quinta. Centralizar las decisiones monetarias en unos pocos entraña riesgos importantes para la libertad del ser humano como son: la concentración de poder en la toma de decisiones, la competencia desleal frente a los bancos comerciales, la imposición de normas para poder hacer uso de una moneda digital que va a estar controlado por un tercero. Con las CBDC se va a tratar a las personas como números, controlarán los consumos, el cuándo y el porqué. Van a poder someter el comportamiento de la población con una vigilancia digital. Van a poder limitar el tiempo y la caducidad del dinero. Van a poder impedir el ahorro. El hecho de que estén reguladas por una entidad central y estrechamente asociadas a la discreción gubernamental puede ser una debilidad que va fundamentalmente en contra de la visión inicial de S. NAKAMOTO para descentralizar el poder del gobierno y su control sobre nuestra riqueza. Y ya no habrá vuelta atrás.

Con las CBDC se apuesta por la soberanía monetaria de los bancos centrales, pero se deja de lado la soberanía financiera de los individuos, algo que sí proporciona bitcoin. Bitcoin ha logrado poner en cuestión el sistema económico de forma constante, neutral, firme, descentralizada, incensurable y de manera implacable con la emisión de sus bloques cada 10 minutos, las 24 horas del día, y los 365 días del año.

139. Sexta. La privacidad financiera es un aspecto esencial para la eficiencia de un mercado libre, es esencial para la seguridad personal, para la dignidad humana, y ello no impide que se puedan aplicar leyes y normas sobre transparencia.

El sistema de crédito social chino es el epítome de las desastrosas consecuencias del avance tecnológico sin un compromiso acorde con los derechos humanos. Debemos evitar a toda costa convertir nuestros Estados democráticos en Estados policiales en los que la seguridad nacional se convierta en la excepción capaz de justificar una vigilancia social masiva sin límites. Esa es la idea misma del panóptico de Bentham: “si un sujeto cree que está siendo observado, actuará como si lo estuviera”¹²⁵.

¹²³ S. DIXON (2023) señaló que *The Bank for International Settlement (BIS) has approved that central banks can now hold up to 2% of their balance sheets in #Bitcoin or other crypto, but must disclose holdings. 2% of all central bank balance sheets is \$3.6 trillion.*

¹²⁴ P. DERMINE (2019), “Out of the comfort zone? The ECB, financial assistance, independence and accountability”, *Maas-tricht Journal of European and Comparative Law*, 26 (1), 108-121.

¹²⁵ D. GARCÍA SÁNCHEZ (2022). “Big brother ¿ciencia ficción o realidad?”, *Ius et Scientia*, 8 (1), p. 32.

140. Séptima. Una solución ante este horizonte financiero en el que van a convivir Bitcoin y las CBDC se podría saldar con un acuerdo de no agresión, como adelantó Finney¹²⁶. Podrían convivir el dinero público y el privado, y dentro del privado bitcoin se podría convertir en un dinero de alta potencia. “Bitcoin no puede escalar para que todas las transacciones financieras del mundo se transmitan a todo el mundo y se incluyan en la cadena de bloques, pero si que bitcoin, como moneda de reserva, podría respaldar al resto de bancos, quienes emitirían su propia moneda digital y que fuera canjeable por el propio bitcoin. Los bancos respaldados por bitcoin podrían funcionar como lo hacían los bancos antes de la nacionalización de la moneda. Los tipos de interés podrían variar. La mayoría de las transacciones de bitcoin se producirán entre bancos, para liquidar transferencias netas. Las transacciones de Bitcoin por particulares serán tan raras como... bueno, como lo son hoy las compras basadas en Bitcoin”. Bitcoin ha abierto la caja de pandora desencadenando una nueva ola digital de cambio, pero la realidad constata que no se ha creado aún ninguna moneda digital, pública o privada, que le perturbe.

141. Una nueva línea de investigación sería hablar de un nuevo derecho en el ciberespacio, donde las fronteras territoriales de los países y los Estado nación se diluyan¹²⁷, donde la exigencia de responsabilidad ya no discorra por los órganos judiciales de los países, donde se creen leyes que regulen las realidades virtuales (no las materiales que conocemos), ni donde se apliquen los criterios de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, porque ya no provendrán de jueces de terceros países, sino de controversias surgidas en el Metaverso que es donde se desarrollarán las compras, las vinculaciones contractuales, las responsabilidades extracontractuales, etc, y donde se dará fe de las cosas. En este nuevo escenario virtual, que ya adelantaron autores de la doctrina¹²⁸ se destierra la idea de partes débiles (consumidores, asegurados, trabajadores) de la relación contractual, porque las relaciones son de igual a igual (*peer to peer*) y habrá que pensar en métodos alternativos de resolución de controversias que se desarrollen en los Multiversos, a modo de un arbitraje virtual.

Es decir, el Derecho Internacional privado debe dar paso hacia un Derecho en el Multiverso que superará todas las fronteras que conocemos (territoriales, nacionales, jurisdiccionales, legales, convencionales, etcétera) para dar respuesta a estas nuevas realidades, que lo impregnan todo, y que escapan a nuestro alcance tangible y material, como hace el propio Bitcoin que no entiende ni discrimina por limitaciones geográficas, ni por raza, ni por sexo, ni por filiación política, ni por estatus social... y sin embargo corre por internet de forma universal y libre.

¹²⁶ H. FINNEY (2010) <https://bitcointalk.org/index.php?topic=2500.msg34211#msg34211>

¹²⁷ P. DE MIGUEL ASENSIO (2022), *Derecho privado en internet*, 6ª ed, Civitas, Madrid, pp. 196-220.

¹²⁸ J. ALLEN Y R. M. LASTRA (2020). “Border problems: Mapping the third border”, *Modern Law Review*, 83 (3), 505-538; R. M. LASTRA (2022). “En defensa del dinero público digital”, *El trimestre económico*, 89 (356), p. 1023. Se pone de relieve cómo la cibersoberanía añade una tercera frontera, una dimensión virtual a los problemas clásicos, a saber, las fronteras entre entidades reguladas y no reguladas, así como los límites territoriales entre jurisdicciones nacionales. Esta tercera frontera, entre el “mundo real” y el “ciberespacio”, es un ámbito de interacción humana facilitado y condicionado por los sistemas de comunicación digital.

La digitalizzazione della cooperazione giudiziaria in materia civile e commerciale nell'Unione europea: L'assunzione transfrontaliera delle prove nel prisma della piattaforma informatica decentrata e-CODEX

Digitalisation of judicial cooperation in civil and commercial matters within the European Union: Cross-border taking of evidence through the prism of decentralised IT platform e-CODEX

STEFANO SIGNORIN

*Dottorando nell'Università degli Studi dell'Insubria
Como/Varese*

Recibido:27.09.2023 / Aceptado:30.11.2023

DOI: 10.20318/cdt.2024.8437

Riassunto: Il contributo affronta il tema della nuova disciplina europea sull'assunzione di prove all'estero in materia civile e commerciale recata dal regolamento (UE) n. 1783/2020. L'autore ne esplora gli aspetti principali, dedicando particolare attenzione alle disposizioni in tema di giustizia elettronica, emanazione del principio *digital by default*, attraverso cui il canale digitale è stato elevato a metodo di comunicazione predefinito e preferenziale tra le autorità competenti degli Stati membri. Il coordinamento tra i sistemi giudiziari nazionali passa attraverso una piattaforma informatica decentrata ed interoperabile, basata sulla tecnologia *e-Justice Communication via Online Data Exchange* (e-CODEX) che, nel contesto dell'assistenza istruttoria transfrontaliera, assume la denominazione di sistema "*taking of evidence*" (ToE). In seguito, il regolamento (UE) n. 850/2022 introduce i caratteri essenziali di e-CODEX. Da ultimo, viene discussa la compatibilità dell'impiego di tale tecnologia con l'esigenza di salvaguardare i diritti fondamentali e le garanzie processuali degli individui.

Parole chiave: digitalizzazione della giustizia; principio *digital by default*; regolamento (UE) n. 1783/2020; e-CODEX, regolamento (UE) n. 850/2022, assunzione di prove all'estero in materia civile e commerciale, cooperazione giudiziaria transfrontaliera, diritti fondamentali.

Abstract: The contribution deals with the new EU rules on the taking of evidence abroad in civil and commercial matters covered by the Regulation (EU) n. 1783/2020. First, the author describes the main aspects of the Regulation, with particular emphasis on the provisions dedicated to e-justice. One of the main focuses of the paper is the "*digital by default*" principle, that identifies the digital channel as the preferred method of communication between authorities of Member States. The coordination amongst national judicial systems lays on a decentralised and interoperable IT platform, based on the *e-Justice Communication via Online Data Exchange* technology (e-CODEX): the taking of evidence exchange system (ToE). Therefore, in light of the Regulation (EU) n. 850/2022, the author introduces the most important features of the e-CODEX. Finally, the last part of the paper addresses the issue of the compatibility between the use of the abovementioned technology and the protection of fundamental human rights.

Keywords: digitalisation of justice; digital by default principle; regulation (EU) n. 1783/2020; e-CODEX; regulation (EU) n. 850/2022; taking of evidence abroad in civil and commercial matters; judicial cooperation in crossborder litigation; fundamental rights.

Sommario: I. Brevi cenni introduttivi. II. Il nuovo quadro giuridico dell'attività istruttoria in ambito transfrontaliero. III. La nozione di prova. IV. Le disposizioni in tema di giustizia elettronica. V. Il regolamento (UE) 2022/850 che istituisce il sistema e-CODEX. VI. I meccanismi di trasmissione. VII. I meccanismi di assunzione. VIII. L'incompatibilità delle leggi processuali con il mezzo tecnologico come motivo di rigetto della domanda di assistenza istruttoria? IX. La circolazione dei dati e la salvaguardia dei diritti fondamentali. X. Disponibilità e amministrazione del sistema ToE. XI. Rilievi conclusivi.

I. Brevi cenni introduttivi

1. La progressiva digitalizzazione della giustizia nell'Unione europea rivela la duplice esigenza di cogliere le opportunità della trasformazione digitale e, nel contempo, rilanciare la semplificazione e l'accelerazione della cooperazione giudiziaria transfrontaliera¹.

2. Ciò emerge particolarmente dal regolamento (UE) 2020/1783 e dal regolamento (UE) 2020/1784², che costituiscono rispettivamente la rifusione della disciplina sull'assunzione di prove all'estero in materia civile o commerciale e sulla notificazione intracomunitaria di atti giudiziari ed extragiudiziali nella medesima materia³. Tali regolamenti si collocano in un contesto già profondamente mutato dalla pandemia da Covid-19, che ha incentivato l'impiego di tecnologie innovative tese a scongiurare la paralisi dei sistemi giudiziari degli Stati membri⁴.

3. Tratto che accomuna i nuovi regolamenti è la scelta del legislatore europeo, ambiziosa e strategica, ma non scevra da criticità, di innestarli sul principio *digital by default*⁵, finendo per sancire la prevalenza del canale digitale e, per esteso, del formato elettronico sui tradizionali metodi di comunicazione. Tutto ciò è rilevante, poiché prodromico a livello di Unione della tendenza di coniugare il futuro dell'assistenza giudiziaria civile e penale alla transizione digitale⁶.

¹ Commissione europea, Comunicazione "Digitalizzazione della giustizia nell'Unione europea". Un pacchetto di opportunità, COM (2020) 710 def., del 2 dicembre 2020; comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni. Programma di lavoro della Commissione per il 2021. Un'Unione vitale in un mondo fragile, COM (2020) 690 def., del 19 ottobre 2020. Inoltre, Conclusioni del Consiglio sul tema "Plasmare il futuro digitale dell'Europa" 2020/C 202 I/01, *GUUE* C 202I del 16 giugno 2020, pag. 1; conclusioni del Consiglio "Accesso alla giustizia - Cogliere le opportunità della digitalizzazione" 2020/C 342 I/01, *GUUE* C 342I del 14 ottobre 2020, pag. 1. Per una prima ricognizione generale, C.E. TUO, "Digitalizzazione e Unione europea a 27: gli effetti sulla cooperazione giudiziaria civile", *Quaderni AISDUE* – sez., atti di Convegno, n° 15, 2020, pp. 303-329; X. E. KRAMER, "Digitising access to justice: the next steps in the digitalisation of judicial cooperation in Europe", in *Revista General de Derecho Europeo*, n° 56, 2022, pp. 1-9.

² Regolamento (UE) 2020/1783 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2020, relativo alla cooperazione fra le autorità giudiziarie degli Stati membri nell'assunzione delle prove in materia civile o commerciale (assunzione delle prove) (rifusione), in *GUUE* L 405 del 2 dicembre 2020, pp. 2 ss.; Regolamento (UE) 2020/1784 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2020, relativo alla notificazione e alla comunicazione negli Stati membri degli atti giudiziari ed extragiudiziali in materia civile o commerciale («notificazione o comunicazione degli atti») (rifusione), *ivi*, pp. 40 ss.

³ Regolamento (CE) n. 1206/2001 del Consiglio, del 28 maggio 2001, relativo alla cooperazione fra le autorità giudiziarie degli Stati membri nel settore dell'assunzione delle prove in materia civile o commerciale, *GUCE* L 174 del 27 giugno 2001, p. 1 ss.; Regolamento (CE) n. 1393/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 novembre 2007, relativo alla notificazione e alla comunicazione negli Stati membri degli atti giudiziari ed extragiudiziali in materia civile e commerciale, *GUUE* L 324 del 10 dicembre 2007, p. 79 ss.

⁴ M. VELICOGNA, "Cross-border Civil Litigation in the EU: What Can We Learn From COVID-19 Emergency National e-Justice Experiences?", *European Quarterly of Political Attitudes and Mentalities*, n° 2, 2021, pp. 1-25.

⁵ Uno dei primi riferimenti al principio "digitale per definizione" è rintracciabile nel Piano d'azione dell'UE per l'*eGovernment* 2016-2020.

⁶ Della stessa opinione, E. A. ONTANU, "The digitalisation of European Union procedures: A new impetus following a time of prolonged crisis", *Law, Technology and Humans*, n° 1, 2023, pp. 93-110.

II. Il nuovo quadro giuridico dell'attività istruttoria in ambito transfrontaliero

4. Il primo strumento europeo dedicato alla disciplina sull'assunzione di prove all'estero è il regolamento (CE) n. 1206/2001, che si ispira al modello offerto dalla Convenzione dell'Aja del 1970⁷, con lo scopo di migliorare a livello comunitario l'assistenza giudiziaria in materia civile e commerciale tra Stati membri. Sostituito dal regolamento (UE) n. 1783/2020 o regolamento di rifusione, restano invariati l'impianto originario ed i principi cardine alla base dei meccanismi della cooperazione giudiziaria transfrontaliera cristallizzati nel regolamento previgente⁸.

5. In relazione all'ambito di applicazione *ratione temporis* del regolamento di rifusione, si noti fin da subito che non si è ancora realizzato il completo ricambio delle regole stabilite dallo strumento di prima generazione. Il regolamento (UE) n. 1783/2020 è applicabile dal 1° luglio 2022, mentre a decorrere dal 23 marzo 2022 ciascuno Stato membro deve comunicare alla Commissione i dettagli delle autorità competenti ad assumere le prove; quanto alle disposizioni la cui operatività presuppone l'istituzione del sistema informatico decentrato per l'interscambio di dati, l'applicabilità è rimandata al 1° maggio 2025⁹. In questo periodo di *vacatio*, continueranno a valere i tradizionali mezzi di trasmissione delle richieste e altre comunicazioni di cui all'art. 6 del regolamento (CE) n. 1206/2001¹⁰.

6. Il campo di applicazione materiale del regolamento in esame è definito dall'art. 1, par. 1, che non si discosta da quanto già enunciato dal regolamento (CE) n. 1206/2001. Anzitutto, lo strumento copre la materia civile e commerciale. Accogliendo gli insegnamenti della Corte di giustizia, occorre muovere da una nozione autonoma e uniforme di materia civile e commerciale, che non si traduca nella mera somma del rinvio al diritto degli Stati membri¹¹. Il regolamento non recepisce talune eccezioni espressamente previste da altri strumenti europei in ordine alla cooperazione giudiziaria civile e commerciale¹², e non si applica alla materia penale, fiscale, doganale, amministrativa e alla responsabilità degli

⁷ Vedi, A. SARAVALLE, "La Convenzione dell'Aja sull'assunzione di prove all'estero", *Diritto del commercio internazionale*, n° 1, 1987, pp. 481 ss. Cfr. P. CELLE, *Assunzione di prove disposte da giudici stranieri*, in R. BARATTA (a cura di), *Diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 22-25.

⁸ Per una disamina approfondita, L. FUMAGALLI, "La disciplina comunitaria dell'assunzione delle prove all'estero in materia civile e commerciale: il regolamento (CE) n. 1206/2001", in S. M. CARBONE/ M. FRIGO & L. FUMAGALLI, *Diritto processuale civile e commerciale comunitario*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 160 ss.

⁹ Ai sensi dell'art. 25 del regolamento (UE) n. 1783/2020, la Commissione è stata incaricata di emanare entro il 23 marzo 2022 gli atti di esecuzione per stabilire le specifiche, i requisiti tecnici e gli *standard* di funzionamento della piattaforma informatica decentrata. Agendo in conformità, la Commissione ha adottato il regolamento di esecuzione (UE) 2022/422 del 14 marzo 2022, *GUUE* L 87 del 15 marzo 2022. Le disposizioni sull'interscambio digitale a tenore dell'art. 35, par. 3 del regolamento di rifusione si applicano a decorrere dal primo giorno del mese successivo al periodo di tre anni dopo la data di entrata in vigore degli atti di esecuzione previsti dal medesimo articolo. L'atto è entrato in vigore il ventesimo giorno successivo alla pubblicazione nella Gazzetta ufficiale, dunque il 4 aprile 2022. Lo stesso può dirsi in relazione all'efficacia delle disposizioni in tema di trasmissione telematica delle notificazioni contenute nel regolamento 1784/2020, difatti, con le stesse tempistiche la Commissione ha adottato il regolamento di esecuzione (UE) 2022/423 del 14 marzo 2022, *GUUE* L 87 del 15 marzo 2022.

¹⁰ Beninteso, il regolamento, all'art. 31, par. 4, lascia impregiudicata la possibilità degli Stati membri di notificare alla Commissione se sono in grado di far funzionare il sistema informatico decentrato prima di quanto stabilito dal presente regolamento.

¹¹ *Ex multis*, Corte di giustizia, 15 febbraio 2007, *Lechouritou e a.*, C-292/05, ECLI:EU:C:2007:102, par. 29; 28 aprile 2009, *Apostolides*, C-420/07, ECLI:EU:C:2009:271, par. 41; 27 febbraio 2014, *Cartier parfums*, C-1/13, ECLI:EU:C:2014:109, par. 32; 3 aprile 2014, *Hi Hotel HCF SARL*, C-387/12, ECLI:EU:C:2014:215, par. 24. Per il ruolo della Corte di giustizia nel sistema di diritto internazionale privato europeo si rinvia a P. BERTOLI, *Corte di giustizia, integrazione comunitaria e diritto internazionale privato e processuale*, Milano, Giuffrè, 2005.

¹² Le esclusioni sancite dall'art. 1, par. 2 del Regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, *GUUE* L 351 del 20 dicembre 2012, pag. 1, non si riscontrano nel regolamento (UE) n. 1783/2020. Ne deriva che il suo ambito di applicazione si estende allo stato e alla capacità delle persone fisiche, al regime patrimoniale fra coniugi o derivante da rapporti che secondo la legge applicabile a questi ultimi hanno effetti comparabili al matrimonio; ai fallimenti, alle procedure relative alla liquidazione di società o altre persone giuridiche che si trovino in stato di insolvenza, ai concordati e alle procedure affini; alla sicurezza sociale; all'arbitrato; alle obbligazioni alimentari derivanti da rapporti di famiglia, di parentela, di matrimonio o di affinità; ai testamenti e le successioni, comprese le obbligazioni alimentari *mortis causa*.

Stati per azioni od omissioni nell'esercizio delle prerogative del potere pubblico (*acta iure imperii*)¹³. Peraltro, coerentemente con quanto si osserva per altre normative europee che interessano lo stesso settore, il regolamento si estende alle giurisdizioni penali e amministrative, allorché sia coinvolta la materia civile o commerciale¹⁴.

7. A proposito dell'ambito soggettivo di applicazione dello strumento, sono state colmate alcune carenze a livello definitorio. La richiesta di assistenza istruttoria deve essere formulata da un'autorità giudiziaria di uno Stato membro; tuttavia, può provenire anche da altre autorità formalmente estranee all'ordinamento giudiziario, purché ne esercitino le funzioni, agiscano per delega di competenza di un'autorità giudiziaria o sotto il suo controllo e siano competenti, in base al diritto nazionale, ad assumere le prove ai fini dei procedimenti giudiziari in materia civile o commerciale. A tale soluzione, che mira a neutralizzare le divergenze interpretative tra gli Stati membri, si perviene attraverso il combinato disposto degli artt. 1, par. 1 e 2, par. 1¹⁵.

Inoltre, considerato il riferimento ai procedimenti giudiziari, sono escluse le richieste istruttorie delle autorità competenti degli Stati membri che abbiano come fine ultimo un procedimento arbitrale o riti alternativi diversi dalla giustizia ordinaria. Pare anche opportuno ritenere che i tribunali arbitrali siano esclusi dalla nozione di "autorità giudiziaria" o "altra autorità", e quindi concludere che non possano avanzare alcuna richiesta, fondata sul regolamento. In verità, ciò risulta già di agevole intuizione alla luce della giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia, dalla quale si può anche trarre il difetto di idoneità dell'autorità amministrativa ad avanzare a sua volta domande di assistenza giudiziaria¹⁶.

8. A completamento, la Corte di giustizia si è espressa in più occasioni sul carattere non obbligatorio delle procedure di assistenza istruttoria contemplate dalla relativa disciplina europea. Nel caso *Lippens*, ad esempio, la Corte ammette che l'autorità giudiziaria di uno Stato membro possa convocare dinanzi a sé un teste residente in un altro Paese membro, essendo altresì libera di desumere argomenti di prova dall'eventuale mancata comparizione. Con maggior chiarezza, nel caso *ProRail Bv*, la Corte sottolinea che la disciplina sulla cooperazione istruttoria non intende limitare, ma rafforzare le possibilità di assunzione transfrontaliera delle prove, senza tuttavia precludere alle autorità giudiziarie di procedere secondo altri meccanismi che, alla luce delle circostanze, si rivelino più semplici, efficienti e rapidi¹⁷. Conseguentemente, il regolamento di rifusione è applicabile nella sola ipotesi in cui l'autorità

¹³ L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo e dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, Milano, Giuffrè, 2019, pp. 425-427; G. STROZZI/R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione Europea. Parte speciale*, Torino, Giappichelli, 2021, pp. 532-535. Per immediatezza, sull'esercizio di prerogative del potere pubblico in relazione agli strumenti comunitari nel settore della cooperazione giudiziaria civile e commerciale, *ex plurimis*: Corte di giustizia, 11 aprile 2013, *Sapir*, C-645/11, ECLI:EU:C:2013:228, par. 33; 5 luglio 2018, *flyLAL-Lithuanian Airlines*, C-27/17, ECLI:EU:C:2018:533, par. 30; 7 maggio 2020, *Rina*, C-641/18, ECLI:EU:C:2020:349, par. 34.

¹⁴ Così l'art. 1, par. 1 del regolamento (UE) n. 1215/2012. Un'ipotesi potrebbe riguardare il giudice amministrativo al quale è stata riconosciuta giurisdizione esclusiva ex art. 133 del codice italiano del processo amministrativo e dunque competente a conoscere, pure ai fini risarcitori, delle controversie nelle quali si faccia questione di diritti soggettivi.

¹⁵ Viene in soccorso il considerando n. 5 del regolamento (UE) n. 1783/2020, ove viene esplicitato che tra le "altre autorità" vanno ricomprese le autorità giudiziarie qualificate come tali ai sensi di altri atti giuridici dell'Unione, tra i quali il regolamento (UE) n. 2019/1111, il regolamento (UE) n. 650/2012 e (UE) n. 1215/2012.

¹⁶ R. ADAM/A. TIZZANO, *Manuale di Diritto dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, p. 328. La Corte di giustizia ha già avuto modo di esprimersi esaustivamente sulla nozione comunitaria di "giurisdizione", nella quale vi rientrano tutti gli organi giurisdizionali che presentano cumulativamente i seguenti requisiti: l'origine legale, il carattere permanente, l'obbligatorietà della sua giurisdizione, l'imparzialità e l'indipendenza, la natura contraddittoria del procedimento, ed infine, il carattere giurisdizionale della pronuncia. Per tutte si consideri Corte di giustizia, 6 marzo 2018, *Achmea*, C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158, par. 44-49.

¹⁷ Corte di giustizia 6 settembre 2012, *Lippens*, C-170/11, ECLI:EU:C:2012:540, par. 28 ss.; 21 febbraio 2013, *ProRail BV*, C-332/11, ECLI:EU:C:2013:87, par. 42 ss. In dottrina, A. GALIC, "Open issues concerning the non-mandatory character of the Cross-Border Taking of Evidence Regulation", *Era Forum*, n° 3, 2017, pp. 213-228; M. DEL PILAR DIAGO DIAGO, "The Regulation 1206/2001 on Cooperation between the Courts of Member States in the field of obtaining evidence in civil and commercial matters: an analysis of its obligatory, imperative and exclusive nature", *Revista electronica de estudios internacionales*, n° 15, 2013, pp. 1-25; G. CUNIBERTI, "L'expertise judiciaire en droit judiciaire européen", *Revue critique de droit international privé*, n° 3, 2015, pp. 519-540; A. NUYTS, "Les arrêts Lippens et ProRail: retour sur l'exclusivité de la réglementation européenne de collecte des preuves", *Journal des Tribunaux*, n° 6573, 2014, pp. 557-560.

precedente scelga di procurarsi la prova situata all'estero tramite le modalità da esso previste. Resta perciò inalterata la facoltà dell'autorità giudiziaria interessata di ricorrere, conformemente al proprio diritto processuale nazionale, ad altri metodi o strumenti volti all'acquisizione del materiale probatorio¹⁸.

III. La nozione di prova

9. La disciplina europea sulla cooperazione istruttoria mira a superare le limitazioni imposte da norme di diritto internazionale generale sulla sovranità territoriale, così da facilitare lo svolgimento dell'istruzione probatoria transfrontaliera e favorire, di riflesso, le parti nell'accesso al materiale probatorio¹⁹.

10. L'art. 1, par. 2 del regolamento (UE) n. 1783/2020 precisa che le domande di assistenza devono riguardare l'assunzione di prove destinate ad essere utilizzate in procedimenti giudiziari pendenti o previsti, implicando che il regolamento si applichi solo qualora l'atto giudiziario il cui compimento venga richiesto abbia natura istruttoria. Al contrario, esulano dal campo di applicazione dello strumento gli atti che hanno uno scopo cautelare o esecutivo. Ne emergono due problemi strettamente correlati e già attuali in relazione al regolamento (CE) n. 1206/2001. Da un lato il regolamento di rifusione si rivolge alle "prove" senza fornirne una definizione, dall'altro, stante il riferimento ai "procedimenti giudiziari pendenti o previsti", si pone la questione della riconducibilità allo strumento stesso degli atti di istruzione preventiva c.d. *pre-trial discovery* e, più in generale, dei provvedimenti che oltre alla funzione probatoria manifestano anche delle finalità esplorative. Si sta alludendo alle c.d. *fishing expedition*.

11. In primo luogo, la nozione di prova ha natura autonoma nel diritto dell'Unione europea e va intesa in modo ampio²⁰, al fine di ricondurvi qualsivoglia misura giudiziale per l'acquisizione del materiale probatorio finalizzata unicamente all'istruzione del processo, indipendentemente dal fatto che questa sia o meno prevista dagli ordinamenti processuali degli Stati membri. Si consideri che l'elasticità di tale nozione assorbe l'istituto della consulenza tecnica d'ufficio (ctu)²¹, cioè una perizia diretta ad integrare la cognizione dell'autorità dell'istruzione²², e che in taluni contesti, come quello italiano, detto istituto non viene inquadrato tra i mezzi di prova in senso stretto. Dunque, il sistema cooperativo attuato dal regolamento ripropone un paradigma di attività istruttoria pressoché libera²³.

12. In secondo luogo, il regolamento (UE) n. 1783/2020 non offre alcuna indicazione specifica sulla *pre-trial discovery* e sulle *fishing expedition*. Su queste tematiche è intervenuta la dichiarazione n. 54/01 del Consiglio²⁴, concomitante all'adozione del regolamento (CE) n. 1206/2001, la quale esclude che l'istruzione preventiva e le indagini esplorative ricadano nella disciplina europea sulla assistenza istruttoria. Tuttavia, tale dichiarazione deve essere almeno in parte temperata con le conclusioni dell'Avv.

¹⁸ Sul punto, l'art. 29, par. 2 del regolamento (UE) n. 1783/2020 non pregiudica la possibilità degli Stati membri di concludere o lasciare in vigore accordi o intese sull'assunzione di prove all'estero, compatibili con le sue disposizioni.

¹⁹ L. FUMAGALLI, "Problemi vecchi e nuovi nella cooperazione per l'assunzione delle prove all'estero in materia civile: la rifusione della disciplina nell'Unione europea", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n° 4, 2021, p. 848.

²⁰ L. FUMAGALLI, *La disciplina comunitaria dell'assunzione delle prove all'estero in materia civile e commerciale*, cit., pp. 164-170; A. LEANDRO, *L'assunzione delle prove all'estero in materia civile nell'era dell'innovazione digitale. La rifusione delle norme applicabili ai rapporti fra gli Stati membri dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2021, pp. 34-40.

²¹ Più puntualmente, nel regolamento di rifusione, come accadeva nel regolamento (CE) n. 1206/2001, la figura del perito è contemplata dall'art. 19, par. 3, quale delegato dell'autorità giudiziaria per l'assunzione del materiale probatorio e dall'art. 22, par. 2 dedicato al regime delle spese. Ancora, il considerando n. 12 menziona i campioni di DNA e sangue tra i possibili prodotti dell'attività istruttoria transfrontaliera.

²² F. P. LUISO, *Diritto processuale civile. Il processo di cognizione*, Milano, Giuffrè, 2022, pp. 96-97.

²³ Così, N. TROCKER, "Il regolamento (CE) n. 1206/2001 del Consiglio, del 28 maggio 2001, relativo alla cooperazione fra le autorità giudiziarie degli Stati membri nel settore dell'assunzione delle prove in materia civile e commerciale", in M. TARUFFO/V. VARANO (a cura di), *Manuale di diritto processuale civile europeo*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 285-307.

²⁴ Corte di giustizia, 27 settembre 2007, Consiglio dell'Unione europea, del 4 luglio 2001, dichiarazione n. 54/01, doc. 10571/01, p. 16.

generale Kokott, presentate nella causa *Tedesco*²⁵. L'Avv. generale ha ritenuto che l'istituto della descrizione di cui ora agli artt. 129 e 130 del codice italiano della proprietà intellettuale, ossia una procedura di accertamento dei fatti *ante causam*, costituisca assunzione di prove ai sensi del regolamento (CE) n. 1206/2001²⁶. Sul punto, l'Avv. generale ha argomentato che l'esclusione della *pre-trial discovery* di cui alla dichiarazione del Consiglio non vada interpretata nel senso di escludere dall'ambito di applicazione dello strumento le misure di istruzione preventiva, che mirano ad acquisire degli elementi di prova, individuando questi elementi con una precisione tale da presentare un indubbio legame con l'oggetto di un procedimento in corso o futuro. Inoltre, la richiesta di descrizione, pur palesando aspetti di natura cautelare, non ha per scopo la tutela delle pretese di fatto o di diritto avanzate dall'attore e non è quindi assimilabile ai provvedimenti provvisori o cautelari disciplinati dall'art. 24 della Convenzione di Bruxelles del 1968, sostituita dal regolamento (CE) n. 44/2001, Bruxelles I e in seguito dal regolamento (UE) n.1215/2012²⁷.

13. Nel caso *St. Paul Dairy*, la Corte di giustizia ha negato che un provvedimento volto ad assicurare l'audizione di un teste prima dell'introduzione del giudizio di merito, al fine di permettere all'attore di valutare l'esercizio del potere d'azione, sia qualificabile come un provvedimento provvisorio o cautelare nell'ambito della Convenzione di Bruxelles del 1968. Sebbene nel caso in esame la Corte si limiti a sciogliere il dubbio interpretativo vertente sulle disposizioni della Convenzione, essa lascia intravedere che l'esame preventivo di un soggetto rientri nella disciplina europea sulla cooperazione istruttoria²⁸.

IV. Le disposizioni in tema di giustizia elettronica

14. Il regolamento (UE) n. 1783/2020 incide sulle interazioni transfrontaliere tra le autorità giudiziarie dei Paesi dell'Unione con particolare riferimento all'obbligo, previsto dall'art. 7, di ricorrere alle comunicazioni elettroniche. Queste sono rese possibili da un sistema informatico decentrato e connotato da interoperabilità²⁹. In quest'ottica, la trasmissione digitale delle richieste di assistenza, di dati e di informazioni si deve sempre preferire, salvo le eccezioni espresse nelle norme dell'articolo in parola, in luogo degli altri metodi di interscambio prevalentemente di tipo cartaceo. Il mezzo elettronico ha così il pregio di annullare la distanza tra il foro nel quale la prova è richiesta e lo Stato dove essa va procurata.

15. A mente dell'art. 7 par. 4, l'invio di documenti analogici, col loro supporto originale, costituisce un'eccezione giustificabile in ragione di motivi oggettivi, quali un guasto della piattaforma informatica, oppure la natura stessa della prova che si intende trasmettere, incompatibile con il canale telematico. Mezzi alternativi e più appropriati possono essere richiesti ad esempio in relazione ai campioni di DNA o sangue; lo stesso si dica qualora il documento risulti necessario in formato cartaceo per valutarne l'autenticità o, ancora, quando la particolare voluminosità dei documenti da convertire in formato elettronico comporti un onere amministrativo sproporzionato per le autorità competenti. In simili evenienze, come si evince anche dai considerando n. 7 e n. 12, la discrezionalità nella scelta del mezzo alternativo deve sottostare agli stessi criteri che il regolamento di rifusione riconosce per le trasmissioni che avvengono sulla piattaforma informatica. Anzitutto, lo scambio posto in essere deve svilupparsi tra Stati membri ed escludere il coinvolgimento delle istituzioni europee; successivamente devono esserne garantite la rapidità, la sicurezza e l'affidabilità.

²⁵ Corte di giustizia, *Tedesco*, del 18 luglio 2007, C-175/06, ECLI:EU:C:2007:552. La Corte non ha avuto occasione di esprimersi con sentenza, essendo venuto meno il procedimento *a quo*, comportando l'estinzione del procedimento davanti al giudice europeo. La causa è stata stralciata dal ruolo con ordinanza del 27 settembre 2007, emessa del Presidente della quarta sezione della Corte.

²⁶ Conclusioni dell'Avvocato generale J. KOKOTT, del 18 luglio 2007, *Tedesco*, C-175/06, ECLI:EU:C:2007:451, par. 70 ss; Cfr. F. FERRARI, Il regolamento (CE) n. 1206/2001 e il diritto di informazione, in M. BIANCHINI/G. GIOIA (a cura di), *Dialogo tra Corti e principio di proporzionalità*, Padova, CEDAM, 2013, pp. 31-45.

²⁷ Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968, concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, *GUCE* C 027 del 26 gennaio 1998, pp. 19-27.

²⁸ Corte di giustizia, del 28 aprile 2005, *St. Paul Dairy*, C-104/03, ECLI:EU:C:2005:255, par. 23 ss.

²⁹ Allo stesso modo l'art. 5, par. 1 del regolamento (UE) n. 1784/2020.

Da ciò consegue la possibilità di ripiegare sul servizio postale, ma anche di sfruttare altre e più moderne tecnologie di comunicazione di quelle fatte proprie dal regolamento³⁰.

16. La prevalenza della via telematica sulle altre forme di trasmissione della prova assunta all'estero, ne comporta la dematerializzazione e la contestuale digitalizzazione. La norma materiale dell'art. 8 del regolamento di rifusione è il perno su cui poggia l'intera disciplina rivisitata. Per preservare l'utilità dello strumento e scongiurare che i procedimenti giudiziari nazionali siano in qualche misura compromessi dalla dematerializzazione del documento³¹, si fissa il divieto di negare gli effetti giuridici ai documenti che transitano attraverso il sistema informatico decentrato, ovvero di considerare tali documenti inammissibili come prova per il solo motivo della loro forma elettronica³². La previsione in esame postula il principio di equivalenza tra documento analogico e documento elettronico. Essa mira ad affrancare la normativa europea dalle difformità delle leggi processuali degli Stati membri e superare i limiti e le resistenze delle stesse all'utilizzazione delle tecnologie digitali per la trasmissione di dati e informazioni ai fini probatori³³.

17. Quanto alla portata del divieto stabilito dall'art. 8, esso si rivolge esclusivamente ad un singolo motivo di inutilizzabilità della prova collegato al formato con cui essa si presenta, lasciando impregiudicato ogni altro tipo di filtro processuale previsto dal diritto nazionale dei Paesi dell'Unione. Sullo sfondo del principio di autonomia procedurale che informa l'operato dei giudici interni, l'ammissione, la validità e l'efficacia probatoria del documento informatico restano quindi assoggettate alle regole nazionali, che continuano a valere, come suggerisce il considerando n. 13, anche in materia di conversione degli atti³⁴.

18. Menzionata dai considerando n. 12 e n. 13 del regolamento di rifusione, quest'ultima corrisponde al passaggio dal documento analogico al documento digitale³⁵, con conseguente perdita, dal punto di

³⁰ L'art. 7 par. 4 e il considerando n. 12 sembrano lasciare aperta la strada della trasmissione effettuata il più rapidamente possibile con altro mezzo elettronico in sostituzione della tecnologia decentrata ed interoperabile. Si parla, infatti, genericamente e senza fissare delle limitazioni di sorta di "altro mezzo elettronico rapido, appropriato e sicuro".

³¹ In questi termini, ma commentando l'art. 6 del regolamento (UE) n. 1784/2020, perfettamente sovrapponibile all'art. 8 del regolamento (UE) n. 1783/2020, B. BAREL, "Le notificazioni nello spazio giuridico europeo dopo il regolamento (UE) 1784/2020", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n° 3, 2022, p. 545.

³² Si segnala la presenza di un refuso nella sola versione in lingua italiana dell'art. 8 del regolamento (UE) n. 1783/2020, intitolato correttamente "effetti giuridici dei documenti elettronici". Esso, nel suo disposto, menziona gli "atti" quali oggetto della trasmissione elettronica, quando invece sono i "documenti" – suscettibili di avere dignità probatoria – ad essere trasmessi attraverso la piattaforma informatica decentrata. Nella formulazione in lingua inglese dell'art. 8 del regolamento si legge "*documents that are transmitted through the decentralised IT system [...]*"; in quella francese "*les documents transmis au moyen du système informatique décentralisé [...]*"; in quella spagnola "*No se denegarán efectos jurídicos a los documentos que se transmitan a través del sistema informático descentralizado [...]*". La si consideri una svista, dal momento che lo stesso considerando n. 13 nella traduzione italiana si riferisce agli effetti giuridici dei "documenti" trasmessi mediante il canale digitale. Nel silenzio della normativa europea sull'assistenza istruttoria, una definizione di "documento elettronico" si ricava Regolamento (UE) n. 910/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 luglio 2014, in materia di identificazione elettronica e servizi fiduciari per le transazioni elettroniche nel mercato interno e che abroga la direttiva 1999/93/CE, *GUUE* L 257 del 28 agosto 2014, pag. 73 ss. L'art. 3, par. 35 del regolamento eIDAS stabilisce che per "documento elettronico" si deve intendere qualsiasi contenuto conservato in forma elettronica, in particolare un testo o una registrazione sonora, visiva o audiovisiva. A rinforzo, utili indicazioni sul significato di "documento elettronico" provengono anche dal regolamento (UE) n. 850/2022 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2022, relativo a un sistema informatizzato per lo scambio elettronico transfrontaliero di dati nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile e penale (sistema e-CODEX) e che modifica il regolamento (UE) 2018/1726, in *GUUE* L 150 del 1° giugno 2022, pp. 1-19. Il considerando n. 9 del regolamento (UE) n. 850/2022, con logica destrutturante, parla di qualsiasi contenuto suscettibile di essere trasmesso telematicamente, ad esempio testi, registrazioni sonore, visive o audiovisive, in forma di dati, file o metadati.

³³ Va notato che in maniera pressoché analoga, già l'art. 46 del regolamento eIDAS riconosce al documento elettronico i medesimi effetti del cartaceo.

³⁴ Come precisa il considerando n. 13 del regolamento (UE) n. 1783/2020, il principio ricavabile dall'art. 8 dovrebbe lasciare impregiudicata la determinazione degli effetti giuridici o l'ammissibilità dei documenti trasmessi telematicamente come prova conformemente al diritto nazionale, così anche non dovrebbe pregiudicare la normativa interna in materia di conversione degli atti. In ogni caso, si presti attenzione al fatto che le prove digitali sono ammesse in tutti i tipi di procedimenti civili solo in dieci Paesi dell'Unione, come rimarcato nella Comunicazione sulla Digitalizzazione della giustizia nell'Unione europea, *cit.*, par. 3.

³⁵ V. RICHARD, "La refonte du règlement sur l'obtention des preuves en matière civile", *Revue critique de droit international privé*, n° 1, 2021, p. 70.

vista dell'autorità giudiziaria richiedente, del supporto originale sul quale si trovava originariamente il materiale probatorio. Il considerando n. 12 include tra le eccezioni alla trasmissione digitale dei documenti l'ipotesi in cui la mole di questi sia tale da non consentirne la conversione, che equivale a dire la loro dematerializzazione, ad esempio attraverso la scannerizzazione. Ne deriva che in assenza di una disciplina uniforme, si applicano gli *standard* normativi e le *best practices* perfezionati da ciascuno Stato membro.

V. Il regolamento (UE) 2022/850 che istituisce il sistema e-CODEX

19. Il decentramento e l'interoperabilità informatiche vengono indicate dal regolamento (UE) n. 1783/2020 come qualità tanto essenziali, quanto necessitate del sistema per le trasmissioni elettroniche. Il legislatore sovranazionale non ha ritenuto percorribile la proposta di una piattaforma centralizzata, in quanto l'azione dell'Unione europea nel settore della cooperazione giudiziaria civile e commerciale, che si configura quale competenza concorrente, non si sarebbe esplicata conformemente ai principi di proporzionalità e di sussidiarietà. In subordine, per assurdo, tutto il flusso di comunicazioni confluirebbe negli apparati di un'unica entità dell'Unione che gestisce il sistema, mentre questa non sarebbe parte degli scambi transfrontalieri. Oltretutto, un sistema centralizzato è fisiologicamente più vulnerabile del suo corrispettivo decentrato: un disservizio o un malfunzionamento del primo potrebbe compromettere tutto quanto è custodito presso un'unica struttura di archiviazione, mentre nel secondo ciascuno Stato membro provvede a custodire autonomamente e individualmente i dati³⁶.

20. Il prototipo europeo di piattaforma in grado di soddisfare cumulativamente le condizioni sopraindicate è l'*e-Justice Communication via Online Data Exchange* (e-CODEX)³⁷.

Esso costituisce una sorta di costellazione di punti di accesso dislocati negli Stati membri, tale da permettere a questi ultimi di interconnettersi reciprocamente grazie alla presenza di protocolli elettronici unificati e di moduli digitali standardizzati. Idealmente, e-CODEX non comporta dispendiose modifiche o la sostituzione dei sistemi informatici nazionali di c.d. *back-end* già in essere³⁸.

21. In origine, l'e-CODEX era gestito da un consorzio costituito da ventuno Stati membri, affiancati da Paesi terzi e associazioni professionali³⁹. Attualmente, il regolamento (UE) n. 850/2022 attua la "comunitarizzazione" di e-CODEX, che da sistema informatizzato e *open source* nato sotto l'egida dell'Unione, ma formalmente privo di base giuridica, viene ora assorbito nell'ordinamento unionale con atto legislativo. Lo stesso regolamento è divenuto l'occasione per ridefinirne la governance, disponendo il graduale passaggio a favore dell'Agenzia europea per la gestione operativa dei sistemi IT su larga scala nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia (eu-LISA)⁴⁰. Non solo il *know-how* tecnico maturato negli anni da eu-LISA garantirà la sostenibilità a lungo termine di e-CODEX, ma la struttura organizzativa e il suo consiglio di amministrazione assicurano che le decisioni e le azioni dell'agenzia rispettino il principio di indipendenza della magistratura⁴¹.

³⁶ Commissione europea, Relazione alla proposta di regolamento relativo a un sistema informatizzato di comunicazione per i procedimenti civili e penali transfrontalieri (sistema e-CODEX) e che modifica il regolamento (UE) 2018/1726, COM (2020) 712 def., del 2 dicembre 2020.

³⁷ *Ibid.*; Anzitempo discusso da F. CONTINI/G. F. LANZARA, *Building interoperability for european civil proceedings online*, Bologna, CLUEB, 2013, pp. 107

³⁸ *Ibid.*

³⁹ M. VELICOGNA/G.LUPO, "From Drafting Common Rules to Implementing Electronic European Civil Procedures: The Rise of e-CODEX", in B. HESS/X. E. KRAMER (a cura di), *From Common Rules to Best Practices in European Civil Procedure*, Oxford, Hart/Nomos, 2017, pp. 197-390.

⁴⁰ Ai sensi dell'art. 1, par. 4 del regolamento (UE) n. 850/2022 eu-LISA assumerà la responsabilità di e-CODEX tra il 1° luglio 2023 e il 31 dicembre 2023, intervallo in cui il passaggio di consegne deve essere completato. Fanno seguito al regolamento la Decisione di esecuzione (UE) n. 2022/2519 sulle specifiche tecniche e sugli *standard* tecnici per il sistema e-CODEX, anche per la sicurezza e i metodi di verifica dell'integrità e dell'autenticità, *GUUE* L 326/25, del 21 dicembre 2022 e la Decisione di esecuzione (UE) n. 2022/2520 sulle modalità specifiche per la procedura del passaggio e della presa di consegne del sistema e-CODEX, *GUUE* L326/34 del 21 dicembre 2022.

⁴¹ A rigore dell'art. 13, il programma e-CODEX è affidato ad un consiglio di gestione permanente e *ad hoc* creato in seno ad eu-LISA. Cfr. il considerando n. 15 del regolamento (UE) n. 850/2022.

Tra i molteplici programmi pilota, la piattaforma ad oggi supporta i regolamenti (CE) n. 1896/2006 sull'ingiunzione di pagamento europea (EPO) e n. 861/2007 sulle controversie di modesta entità (ESC)⁴². Grazie al coordinamento tra l'Unione europea e la Conferenza dell'Aja sul diritto internazionale privato, il software *i-Support* per la comunicazione e la gestione delle cause per il recupero dei crediti alimentari sfrutta pienamente l'infrastruttura di e-CODEX⁴³.

22. A rigore, la nuova disciplina europea sull'assistenza istruttoria evoca l'e-CODEX nella veste di mero esempio di tecnologia decentrata ed interoperabile, rimettendo l'istituzione della piattaforma informatica ad un successivo atto di esecuzione della Commissione, da emanarsi previa procedura di comitato conformemente al regolamento (CE) n. 182/2011⁴⁴. Come anticipato, il regolamento di esecuzione (UE) 2022/422, per l'attuazione del sistema informatico decentrato di cui al regolamento (UE) 2020/1783, chiarisce ogni dubbio, rendendo obbligatorio l'utilizzo di e-CODEX. Nell'ambito dell'assunzione transfrontaliera delle prove, il sistema di scambio rinominato "*taking of evidence*" (ToE) è un sistema basato interamente su e-CODEX⁴⁵.

23. Diverso è dal c.d. software di implementazione di riferimento *ex art. 27* del regolamento (UE) n. 1783/2020. Quest'ultimo rappresenta il *trait d'union* tra la rete informatica nazionale e l'e-CODEX, cioè l'interfaccia utente, che permette al bacino di fruitori di accedere al sistema ToE e venire reindirizzati alla piattaforma nella quale avvengono gli scambi elettronici. La sua adozione è lasciata agli Stati membri, i quali possono fare affidamento sugli applicativi domestici per la cooperazione giudiziaria di cui sono provvisti, aggiornandoli e adeguandoli all'uopo, altrimenti avvalersi dell'applicativo *back-end* sviluppato dalla Commissione. Nel caso di specie, considerate le esperienze maturate nel settore dell'assistenza giudiziaria in materia penale, la soluzione comune auspicabilmente verterà sull'*e-Evidence Digital Exchange System* (e-EDES)⁴⁶.

VI. I meccanismi di trasmissione

24. All'intero del regolamento (UE) n. 1783/2020 si distinguono due procedure volte all'acquisizione del materiale probatorio all'estero, ossia la procedura di assistenza giudiziaria attiva *ex art. 1, par. 1, lett. a*, che corrisponde alla rogatoria attiva, e la procedura di assistenza giudiziaria passiva agli artt. 1, par. 1, lett. *b* e 19⁴⁷. Nel primo caso, l'autorità rogante incarica l'autorità rogata di compiere l'atto processuale. Invece, nelle richieste di assistenza giudiziaria passiva, l'autorità del processo chiede allo Stato membro del territorio in cui la prova è collocata di prestare il proprio consenso, affinché essa possa svolgere da sé l'attività istruttoria.

Le richieste di assistenza giudiziaria attiva sono oggetto di una trasmissione diretta tra autorità giudiziarie, come stabilito dall'omonimo principio sancito dall'art. 3 dello strumento⁴⁸. Al contrario, le

⁴² M. MELLONE, "Legal Interoperability in Europe: The cases of the European payment order and the European small claims procedure", in F. CONTINI/ G. F. LANZARA (a cura di), *The circulation of agency in e-justice: Interoperability and infrastructures for European transborder judicial proceedings*, Berlin, Springer, 2014, pp. 240-264.

⁴³ Il progetto *iSupport* è stato finanziato all'interno del Programma europeo di Giustizia 2014-2020, istituito dal Regolamento (UE) n. 1382/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio inerente al programma Giustizia per il periodo 2014-2020, *GUUE* L 354 del 28 dicembre 2013, pp. 73-83.

⁴⁴ Artt. 25 e 26 del regolamento (UE) n. 1783/2020. L'art. 25 rimanda alla procedura di comitato disciplinata dal Regolamento (UE) n. 182/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 febbraio 2011 che stabilisce le regole e i principi generali relativi alle modalità di controllo da parte degli Stati membri dell'esercizio delle competenze di esecuzione attribuite alla Commissione, *GUUE* L 55 del 28 febbraio 2011, pp. 13-18.

⁴⁵ Vedi l'allegato I al regolamento di esecuzione (UE) 2022/422 sulle specifiche tecniche, misure tecniche e altri requisiti tecnici del sistema informatico decentrato.

⁴⁶ D. B. MILOUD/C. NICOLAU, "e-Evidence Digital Exchange System (eEDES)", in M. A. BIASOTTI/F. TURCHI (a cura di) *European Investigation Order. Where the Law Meets the Technology*, Cham, Springer, 2003, pp. 69-95.

⁴⁷ Il regolamento (UE) n. 1783/2020 ripropone due schemi di assistenza ben collaudati dal regolamento (CE) n. 1206/2001 e, prima ancora, dalla Convenzione dell'Aja del 1970.

⁴⁸ Cfr. art. 2 del regolamento (CE) n. 1206/2001.

richieste di assistenza giudiziaria passiva sono sottoposte al vaglio di un organo centrale, che ciascun Stato membro è tenuto a designare ai sensi dell'art. 4, par. 3. All'organo centrale vengono inoltre affidati compiti di carattere generale a beneficio della cooperazione transfrontaliera, quali fornire informazioni, risolvere possibili problematiche inerenti alle domande di assistenza e, in rari casi, il compito di fare da intermediario tra le autorità giudiziarie.

25. Gli elementi essenziali comuni alle due tipologie di richiesta e il regime linguistico a cui esse soggiacciono sono ricavabili dal combinato disposto degli artt. 5 e 6. Valgono la lingua o le lingue ufficiali dello Stato membro destinatario, pure ammettendosi la possibilità di impiegarne un'altra che questi abbia preventivamente accettato. Le autorità interessate comunicano tra loro servendosi di apposita modulistica alla quale provvedono gli allegati allo strumento normativo. Indici di standardizzazione, i moduli precompilati facilitano la corretta formulazione della richiesta, in modo tale da consentirne un altrettanto corretta valutazione e celere esecuzione da parte dell'autorità giudiziaria interpellata⁴⁹.

26. L'intero meccanismo di trasmissione è pensato per assicurare certezza ed efficienza a tutti i soggetti coinvolti nell'interscambio. A riprova, per le comunicazioni che abbisognino o presentino un sigillo o una firma autografa, l'attuale normativa sulla cooperazione istruttoria rinvia al regolamento eIDAS, dunque, ai servizi fiduciari qualificati ivi enunciati⁵⁰.

Con sguardo d'insieme, le soluzioni fornite dal regolamento eIDAS per l'operatività del sistema informatico decentrato sono un ulteriore incentivo a riconoscere al documento digitale lo stesso *status* giuridico del rispettivo equivalente fisico, oltre a irrobustire una prassi comune sull'uso e sul riconoscimento di firme e sigilli elettronici nelle procedure giudiziarie transfrontaliere.

VII. I meccanismi di assunzione

27. La sezione III del capo II del regolamento (UE) n. 1783/2020 è consacrata alla procedura di assistenza giudiziaria attiva (artt. 12-18).

L'art. 12, par. 1 stabilisce un termine non perentorio di 90 giorni dall'avvenuta ricezione entro cui deve essere eseguita la domanda di assistenza istruttoria. Eventuali ritardi devono essere debitamente comunicati all'autorità richiedente. Una volta eseguita, l'autorità giudiziaria richiesta ha il dovere di trasmettere, senza indugio, gli atti pertinenti all'autorità del processo.

28. Le modalità di esecuzione sono lasciate al diritto dello Stato membro dell'autorità richiesta (art. 12, par. 2). La norma codifica il principio di territorialità della legge processuale, accolto nella generalità degli ordinamenti giuridici⁵¹. Il rinvio alla *lex fori* del luogo di esecuzione è tanto più fisiologico quando l'autorità investita dalla domanda deve adottare, nel compiere l'atto istruttorio in base a un criterio di appropriatezza postulato dall'art. 15, misure coercitive che incidono sulle libertà del soggetto che ne è colpito.

29. Il principio di territorialità della legge processuale è temperato dalla possibilità, per l'autorità richiedente, di chiedere che alla domanda di assistenza venga dato seguito secondo una procedura particolare prevista dal diritto nazionale del proprio Stato membro⁵². L'autorità richiesta potrà procedere conformemente alla legge del Paese la cui autorità ne ha fatto istanza, purché la procedura particolare

⁴⁹ La modulistica (A-N) è contenuta nell'allegato I al regolamento (UE) n. 1783/2020. È stata introdotta la denominazione di "moduli" in luogo di "formulari" impiegata nel regolamento (CE) n. 1206/2001.

⁵⁰ Una sintetica elencazione è fornita dall'art. 1, lett. c del regolamento (UE) n. 910/2014.

⁵¹ G. MORELLI, *Il diritto processuale civile internazionale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2021, pp. 11-17; G. CAMPEIS/A. D. PAULI, *Il processo civile italiano e lo straniero. Lineamenti di diritto processuale civile internazionale*, Milano, Giuffrè, 1986, pp. 141-149.

⁵² A ciò provvede l'art. 12, par. 3 del regolamento (UE) n. 1783/2020.

non confligga con la legge del suo Stato e non comporti notevoli difficoltà di ordine pratico, tali da non permetterne l'esecuzione.

30. Sintomatico dello spirito di innovazione e di digitalizzazione del regolamento di rifusione, l'art. 12, par. 4 stabilisce che l'autorità richiedente può sollecitare l'utilizzo di tecnologie di comunicazione a distanza, quali la videoconferenza e la teleconferenza. Questa opzione, subordinata ai requisiti di compatibilità con la *lex loci* e di praticabilità del mezzo tecnico indicato, risulta del tutto coerente con l'art. 10, par. 4 della disciplina previgente, che essenzialmente costituisce un invito a servirsi dei nuovi ritrovati della tecnica per velocizzare l'assunzione transfrontaliera di prove.

31. Le parti e i loro difensori, qualora ciò sia consentito dalla legge della autorità richiedente, hanno la facoltà di assistere o partecipare all'atto istruttorio condotto dall'autorità richiesta, che ne viene informata attraverso la domanda di assistenza, ovvero in un altro momento appropriato (art. 13, parr. 1 e 2)⁵³. Il ruolo attivo delle parti e dei legali nell'assunzione della prova, quale riverbero del principio di territorialità, è subordinato alle condizioni determinate dall'autorità richiesta sulla scorta della legge del proprio Stato membro. Sempre l'autorità richiesta è tenuta a notificare ai soggetti interessati data e luogo per presenziare alle procedure e, se dal caso, le condizioni fissate per partecipare attivamente alle stesse (art. 13, parr. 3 e 4). Preme sottolineare che, ove previsti, questi diritti di tipo partecipativo delle parti si riallacciano alle esigenze di equo processo. In aggiunta, l'autorità richiesta, conformemente alla sua legge processuale, pur in assenza di istanze promosse dall'autorità richiedente, può coinvolgere da sé le parti e i difensori.

32. In modo speculare viene poi regolata la presenza e la partecipazione dei delegati dell'autorità richiedente, che tuttavia l'autorità richiesta non può coinvolgere di propria iniziativa (art. 14). Il termine "delegato" comprende tanto i magistrati designati dall'autorità procedente alla stregua del suo diritto interno, quanto altre persone come il consulente tecnico d'ufficio⁵⁴. Il ruolo dei delegati, sia che essi si limitino ad assistere (posizione passiva) o a partecipare (posizione attiva) è proficuo per l'economia del processo, fornendo al giudice che procede una migliore comprensione delle forme di esecuzione e dei risultati ottenuti⁵⁵.

33. La procedura di assistenza giudiziaria passiva trova disciplina di dettaglio nella sezione IV del capo II del regolamento di rifusione (artt. 19-21).

L'organo centrale dallo Stato richiesto svolge una intensa azione di filtro: non solo deve esprimersi su tale tipologia di domanda di assistenza, ma anche precisare, se opportuno, le condizioni prescritte dalla sua legge nazionale per l'espletamento dell'atto istruttorio⁵⁶. Esso può altresì ritenere necessario che un'autorità giudiziaria del proprio Stato membro presenzi e partecipi all'attività istruttorie, al duplice scopo di garantire che questa si svolga come stabilito e di dare assistenza all'autorità richiedente. In questo frangente, si profila il concorso tra *lex loci* e *lex fori processus* nel regolare l'assunzione della prova. Diversamente e in assenza di condizioni di sorta, l'autorità richiedente, in forza dell'art. 19, par. 8, procede applicando la legge del suo Stato membro⁵⁷. L'atto istruttorio così eseguito nell'altrui giurisdizione non richiederà un trattamento differenziato rispetto a quello abitualmente fissato dalle norme processuali interne⁵⁸.

⁵³ Un grossolano refuso contraddistingue la versione in lingua italiana dell'art. 13 del regolamento (UE) n. 1783/2020. Spetta alla legge dello Stato membro dell'autorità richiedente e non dell'autorità richiesta, come apparato dal considerando n. 18, consentire o meno la presenza e la partecipazione delle parti e, se del caso, dei loro difensori alla fase istruttorie.

⁵⁴ È lo stesso art. 14, par. 2 del regolamento (UE) n. 1783/2020 ad evocare, a titolo di esempio, la figura del perito.

⁵⁵ L. FUMAGALLI, "Problemi vecchi e nuovi nella cooperazione per l'assunzione delle prove all'estero", *cit.*, p. 868.

⁵⁶ Art. 19, par. 4 del regolamento (UE) n. 1783/2020.

⁵⁷ Sottinteso resta il limite invalicabile rappresentato dalla compatibilità con i principi fondamentali del diritto dello Stato in cui l'assunzione ha luogo. In questo senso anche il considerando n. 21 del regolamento (UE) n. 1783/2020.

⁵⁸ G. FRANCHI, "Efficacia in Italia dell'istruzione preventiva compiuta all'estero. Sull'assunzione diretta di prove all'estero", *Rivista di diritto processuale*, n° 4, 1965, pp. 585 ss.

34. Gli atti di istruzione probatoria sono eseguiti direttamente dall'autorità giudiziaria richiedente, unicamente qualora sia possibile procedervi su base volontaria e senza l'impiego di misure di coercizione. Per tale ragione, quando è implicata l'audizione di una persona, la medesima deve essere avvisata della facoltà di sottrarsi all'esame.

35. Per coerenza sistemica, l'art. 20 dell'odierna disciplina ammette che l'esame di un teste possa svolgersi in videoconferenza, ovvero tramite altra tecnologia di comunicazione da remoto adeguata alla situazione specifica. L'organo centrale e l'autorità di esecuzione concordano le modalità pratiche e l'eventuale presenza di un interprete.

36. Una delle peculiarità della procedura di assunzione diretta della prova riguarda l'accoglimento o il rigetto della richiesta. Ai sensi dell'art. 19, par. 5, l'organo summenzionato rende la propria decisione al più tardi entro 45 giorni da quando ne accusa ricevuta. Più esattamente, decorsi inutilmente 30 giorni dalla conferma di ricezione, l'autorità richiedente può inoltrare un sollecito dal quale decorrono ulteriori 15 giorni. In assenza di risposta, il regolamento (UE) n. 1783/2020 ricollega alla perdurante inerzia dell'organo incaricato gli effetti dell'acquiescenza, affinché l'autorità che intende procedere possa considerare accolta la sua richiesta⁵⁹.

In circostanze eccezionali, nell'intervallo che intercorre tra la scadenza del termine ultimo e il momento dell'effettiva esecuzione dell'atto processuale, resta ancora possibile rifiutare l'assunzione diretta delle prove.

37. Infine, l'art. 21 del regolamento di rifusione introduce per la prima volta un meccanismo di assunzione della prova all'estero da parte degli agenti diplomatici e consolari accreditati presso lo Stato membro in cui la prova stessa è situata. Sprovvisi di poteri di coercizione, essi possono espletare l'attività probatoria all'interno dei locali delle rispettive missioni per conto dell'autorità richiedente, escutendo i cittadini dello Stato accreditatario, se questi vi si prestano volontariamente. In genere, allo Stato accreditante non è dovuta alcuna richiesta preventiva e la legge che regola l'esecuzione degli atti è la *lex processus*.

VIII. L'incompatibilità delle leggi processuali con il mezzo tecnologico come motivo di rigetto della domanda di assistenza istruttoria?

38. Il diniego di assistenza istruttoria indebolisce l'efficacia del regolamento (UE) n. 1783/2020, va a detrimento della cooperazione giudiziaria, minando la fiducia reciproca tra Paesi membri, ed arreca un *vulnus* alle parti coinvolte in un dato procedimento giudiziario caratterizzato da transnazionalità. Pertanto, i motivi a fondamento del rifiuto di eseguire una richiesta vengono elencati tassativamente dallo strumento: all'art. 16 per la procedura di assunzione della prova mediante l'autorità richiesta; all'art. 19, par. 7 per la procedura di assunzione diretta della prova all'estero.

39. Il primo paragrafo dell'art. 16 delinea motivi specifici di rifiuto opponibili all'autorità richiedente quando viene in rilievo l'esame di un teste, e questi invoca il diritto o l'obbligo di astenersi dal deporre, in virtù della legge dello Stato membro dell'autorità richiesta, ovvero della legge dello Stato membro del processo⁶⁰.

L'autorità richiedente dovrebbe agevolare l'esecuzione della richiesta, specificando nella stessa i diritti e gli obblighi di astensione previsti dalla sua legge nazionale. Qualora si ommettessero tali

⁵⁹ La dottrina si è espressa con favore in relazione all'art. 19, par. 5, intravedendo in esso un meccanismo procedimentale che ricorda il "silenzio-assenso", specialmente, L. FUMAGALLI, "Problemi vecchi e nuovi nella cooperazione per l'assunzione delle prove all'estero", *cit.*, p. 869; A. LEANDRO, *L'assunzione delle prove all'estero in materia civile*, *cit.*, pp. 76-77.

⁶⁰ L'art. 249 del codice italiano di procedura civile, che richiama gli artt. 200, 201 e 202 del codice di procedura penale, identifica una categoria di soggetti tenuti al silenzio, per effetto di vincoli giuridici che insistono sui medesimi, quali il segreto di Stato, il segreto professionale e d'ufficio.

indicazioni, in situazioni dubbie o di abuso di simili presidi di diritto processuale, l'autorità dello Stato richiesto, al fine di comprovarne la sussistenza, può chiederne l'attestazione.

40. Al di fuori dell'esame di individui titolari della facoltà di astenersi, oppure tenuti al silenzio, il rifiuto di eseguire una richiesta è legittimo laddove ricorrano gli altri motivi elencati al par. 2 dell'art. 16.

Con sembianza di clausola di stile, l'autorità richiesta rifiuta di eseguire l'atto istruttorio, se ciò esula dal campo di applicazione del regolamento di rifusione. Analogamente, l'esecuzione è rifiutata quando eccede le attribuzioni proprie del potere giudiziario a norma della legge dello Stato membro richiesto. Beninteso, in questa evenienza l'autorità incaricata difetta macroscopicamente della competenza necessaria a compiere l'atto, e ciò dipende da come i singoli ordinamenti giuridici nazionali intendono e disciplinano le prerogative del potere giudiziario stesso. Di converso, l'autorità richiesta non può esimersi dall'assistenza istruttorio per mere differenze formali e contenutistiche *tra la lex fori e la lex processus*⁶¹.

Il diniego di assistenza è opponibile anche nel caso in cui l'autorità richiedente manchi di ottemperare alla domanda di completamento promossa dall'autorità destinataria, volta ad integrare una richiesta lacunosa. La stessa sorte si verifica ogniqualvolta è richiesto il parere di un perito e l'autorità richiedente, disattendendo l'invito dell'autorità destinataria, non provveda a costituire un deposito o versare un congruo anticipo per coprire i costi delle operazioni peritali.

41. Pur non essendo inquadrabili tra i motivi di rifiuto, il par. 3 dell'art. 16 statuisce che l'autorità richiesta deve procedere all'assunzione della prova, benché essa ritenga che la competenza esclusiva sulla lite, in conformità al proprio diritto nazionale, spetti ad un'altra autorità giudiziaria del suo Stato membro. Ugualmente, l'atto istruttorio deve essere eseguito, quantunque la *lex fori* dell'autorità richiesta non contempli il diritto di azione in relazione alla questione in causa. In effetti, un ipotetico diniego di assistenza giustificato adducendo le ragioni sopraccitate conduce ad un esito irragionevole alla luce delle finalità del regolamento di rifusione. In entrambe le fattispecie, il procedimento incardinato di fronte al giudice richiedente proseguirebbe, ma la definizione della controversia diverrebbe più incerta, indebolendo l'accesso ad una tutela giurisdizionale effettiva e affievolendo la mutua fiducia tra gli organi giurisdizionali degli Stati membri, che è pietra angolare della cooperazione giudiziaria transfrontaliera.

42. I motivi di rifiuto invocabili in relazione alla procedura di assunzione diretta del materiale probatorio riproducono in larga parte quelli dell'art. 16, par. 2. Si tratta dell'incompletezza della richiesta e della sua estraneità al regolamento (UE) n. 1783/2020. Piuttosto, è di gran lunga più interessante il riferimento all'eccezione di ordine pubblico di cui all'art. 19, par. 7, lett. c. Il limite dell'ordine pubblico deve essere interpretato restrittivamente, come da costante giurisprudenza della Corte di giustizia negli altri strumenti europei relativi alla cooperazione giudiziaria in materia civile e commerciale⁶². La clausola di ordine pubblico opera per conservare l'armonia interna, impedendo che nell'ordinamento domestico penetrino valori e principi veicolati, nel caso di specie, da norme processuali straniere⁶³. Pertanto, l'attività istruttorio condotta in altrui territorio a pena di diniego, talvolta parziale⁶⁴, di assistenza non deve confliggere con i principi fondamentali dello Stato di esecuzione.

43. Questo ostacolo riacquista importanza e centralità con riguardo all'impiego delle moderne tecnologie di telecomunicazione nello svolgimento dell'attività istruttorio transfrontaliera. Il mezzo

⁶¹ Il considerando n. 16 del regolamento (UE) n. 1783/2020 rileva che solo le situazioni eccezionali giustificano e legittimano il rifiuto di assistenza.

⁶² Per essere più precisi, è giurisprudenza unanime della Corte di Giustizia quella intorno alla clausola di ordine pubblico di cui all'art. 27 della Convenzione di Bruxelles del 1968. Corte di giustizia 10 ottobre 1996, *Hendrikman*, C-8/95, ECLI:EU:C:1996:380, par. 23; 4 febbraio 1988, *Hoffmann*, C-145/86, ECLI:EU:C:1988:61, par. 21; 28 marzo 2000, *Krombach*, C-7/98, ECLI:EU:C:2000:164, par. 21; 11 maggio 2000, *Maxicar SpA*, C-38/98, ECLI:EU:C:2000:225, par. 26.

⁶³ Sull'argomento, magistralmente, F. MOSCONI/C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e obbligazioni*, Milano, UTET, 2019, pp. 289-299.

⁶⁴ Vedi *supra* par. 33, dove si è accennato dell'organo centrale che, sulla base del proprio diritto interno, può dettare delle condizioni a cui l'autorità richiedente è tenuta per l'espletamento dell'atto processuale in territorio altrui.

tecnologico, capace di snellire i costi e le tempistiche dell'assunzione della prova, può essere associato a effetti distorsivi sulle garanzie processuali⁶⁵. Non stupisce affatto che, dai questionari somministrati dalla Commissione europea a 26 Stati membri sul grado di utilizzo delle tecnologie di comunicazione da remoto all'interno dei rispettivi sistemi giudiziari, emerga un quadro piuttosto frammentato⁶⁶. In effetti, nei procedimenti civili e commerciali solo in 10 Paesi dell'Unione è possibile ricorrere a tali tecnologie, in 15 Paesi ne viene limitato l'uso e in 1 Paese ne viene escluso totalmente l'impiego⁶⁷.

La contrarietà delle tecniche di videoconferenza o teleconferenza con i principi fondamentali dello Stato richiesto può configurare un valido motivo di diniego di assistenza tanto attiva, quanto passiva. Ciò sarebbe ammissibile, *a fortiori*, quando l'audizione virtuale riguarda un soggetto vulnerabile⁶⁸.

44. Se la barriera dell'ordine pubblico compare esplicitamente tra i motivi di rifiuto enumerati dall'art. 19, par. 7, concernente la procedura di assistenza giudiziaria passiva, diversamente, non figura tra i motivi di rigetto espressi nell'art. 16, opponibili alla richiesta di assistenza giudiziaria attiva. Tuttavia, il limite dell'ordine pubblico riemerge attraverso un'interpretazione sistematica e correttiva dell'art. 12, par. 4. Esso stabilisce che, nell'ambito della procedura di assistenza giudiziaria attiva, l'autorità richiesta adoperi la tecnologia di comunicazione indicata dall'autorità richiedente, a meno che detta tecnologia non risulti incompatibile con il proprio diritto nazionale. Tale incompatibilità deve intendersi con i principi di valenza costituzionale o che promanano da norme fondamentali dell'ordinamento considerato. Infatti, nel contesto dell'assistenza istruttoria transfrontaliera, il riferimento al diritto nazionale contenuto nel dettato dell'articolo richiamato è fuorviante, non essendo sufficiente a fondare il rifiuto la differenza tra leggi processuali nel regolare le modalità e le forme di esecuzioni.

IX. La circolazione dei dati e la salvaguardia dei diritti fondamentali

45. Alla metamorfosi digitale della giustizia nell'Unione europea, condensata nel principio *digital by default*, seguono significative ricadute sul piano della buona amministrazione della giustizia nelle sue articolazioni. Gli strumenti telematici interessano da vicino le modalità con cui gli utenti esercitano i diritti di azione e di difesa, espressioni del più ampio diritto alla tutela giurisdizionale, e accedono alla prova. Si pone quindi il problema di garantire la massima compatibilità della via tecnologica con il rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, riconosciute nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia. A questi vanno poi aggiunti i valori che l'Unione difende e promuove attraverso la Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali, il cui obiettivo è creare uno spazio digitale sicuro e caratterizzato da inclusività e accessibilità⁶⁹.

46. In prima battuta, nel regolamento (UE) n. 1783/2020 spicca l'assenza di una disposizione generale incentrata sul rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali. Essi compaiono solo in maniera

⁶⁵ Chi scrive afferma ciò, affidandosi alle riflessioni senza tempo sulla fisicità dell'esame, e sui principi di immediatezza, concentrazione e oralità dell'illustre maestro G. CHIOVENDA, "Sul rapporto tra le forme del procedimento e la funzione della prova (L'oralità e la prova)", *Rivista di diritto processuale civile*, n° 1, 1924, pp. 5-32; G. CHIOVENDA, *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, Società Editrice Foro Italiano, 1930, pp.197-227.

⁶⁶ Documento di lavoro dei servizi della Commissione, SWD (2020) 540 def., che accompagna la Comunicazione relativa alla Digitalizzazione della giustizia nell'Unione europea, p. 7.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ A. LEANDRO, *L'assunzione delle prove all'estero in materia civile*, cit., p. 65; qui l'autore riflette sull'importanza dell'audizione del minore nei procedimenti in materia di responsabilità genitoriale e nei procedimenti in materia di ritorno. Propriamente l'interesse superiore del minore potrebbe giustificare il diniego di assistenza istruttoria a mezzo procedura particolare, implicante l'impiego di tecniche per l'esame da remoto. Su questi temi e sul principio del superiore interesse del minore, Corte di giustizia 22 dicembre 2010, *Aguirre Zarraga*, C-491/10 PPU, ECLI:EU:C:2010:828, par. 67. La Corte, nel contesto di un procedimento di ritorno ricompreso nell'ambito applicativo del Regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, *GUCE* L 338 del 23 dicembre 2003, p. 1 ss., si esprime positivamente sulla possibilità di ricorrere ai meccanismi predisposti dal regolamento (CE) n. 1206/2001 per lo svolgimento dell'audizione del minore.

⁶⁹ Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale, *GUUE* C23/1 del 23 gennaio 2023.

isolata all'art. 7 e messi in relazione alle trasmissioni di richieste ed altre comunicazioni, relegandone al preambolo più ampi ed esaustivi riferimenti.

Invece, l'art. 32 del regolamento (UE) n. 1784/2020 afferma i principi della parità di accesso alla giustizia, di non discriminazione e di protezione dei dati personali e della vita privata. A ciò fa eco l'art. 4 del regolamento (UE) n.850/2022, istitutivo di e-CODEX, la cui portata è da ritenersi trasversale, poiché con esso devono necessariamente coordinarsi tutti gli strumenti dell'Unione che si appoggiano a questa tecnologia di interscambio dematerializzato.

47. Non si può ritenere che l'assunzione transfrontaliera di prove sia scevra da riflessi sui diritti umani. Il principio di non discriminazione è un principio fondamentale dell'Unione europea ed è la precondizione necessaria alla realizzazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, prefigurato dall'art. 67 TFUE, del quale la cooperazione istruttoria transfrontaliera è diretta manifestazione⁷⁰. L'accesso alla giustizia civile trova garanzia all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE), nonché al corrispondente art. 6, par. 1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU). Insieme, le due disposizioni concorrono a definire gli elementi minimi ed imprescindibili per un corretto esercizio della giurisdizione, che si traduca in un equo processo⁷¹.

I considerando n. 30 e 31 del regolamento (UE) n. 1783/2020, sia pure senza richiamare specifiche norme della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, precisano che nell'incoraggiare l'uso del canale digitale nelle procedure per l'assunzione, la protezione e la presentazione delle prove, lo strumento non abdica al rispetto dei diritti procedurali delle parti, ponendo i litiganti in una posizione di parità delle armi.

48. Gli ambienti altamente digitalizzati - emblematica la piattaforma e-CODEX - rinnova la sfida alla protezione dei dati di carattere personale, che rappresenta un obiettivo primario dell'Unione, a cui vengono dedicati l'art. 16 TFUE e l'art. 8 CDFUE; in aggiunta, mai come nell'era digitale si fa pressante l'esigenza di garantire il rispetto della vita privata e familiare degli individui, già annoverata tra i diritti fondamentali da salvaguardare ai sensi dell'art. 7 CDFUE e dell'art. 8 CDUE.

49. Grazie al rinvio dell'art. 30 del regolamento (UE) n. 1783/2020, da abbinare al considerando n. 32⁷², la trasmissione e il trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti sono assoggettate al regime stabilito dal regolamento (UE) 2016/679 sulla *data protection* (RGDP)⁷³. Come noto, la protezione fornita da quest'ultimo si rivolge esclusivamente ai dati delle persone fisiche (art. 4, par. 1 RGDP)⁷⁴, lasciando apparentemente sfornite di tutela le persone giuridiche. A tal proposito, torna attuale l'orientamento assunto dalla Corte di giustizia nel caso *Manni*⁷⁵. Essa ha affermato che la nozione di "dato personale" recata dall'art. 2, par. 1 della direttiva 95/46/CE, sostituita dal regolamento (UE) 2016/679, vada ampliata fino a ricomprendere le informazioni riguardanti le persone giuridiche, che permettono di identificare direttamente o indirettamente un individuo⁷⁶. A titolo di esempio, si consideri il nome di una società che identifica una persona fisica, oppure un indirizzo email o un recapito telefoni-

⁷⁰ L'odierna competenza dell'Unione europea relativa alla cooperazione giudiziaria civile è disciplinata dagli artt. 67 e 81 TFUE, dai quali si apprende che rimuovere gli ostacoli al corretto funzionamento dei procedimenti civili caratterizzati da elementi di transnazionalità concorre allo sviluppo dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, nonché al buon funzionamento del mercato unico. Il principio di non discriminazione è poi sancito dall'art. 2 TUE; dall'art. 18 TFUE e dall'art. 21 della CDFUE.

⁷¹ F. SALERNO, "Il vincolo al rispetto dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti del diritto internazionale privato", *Diritti umani e diritto internazionale*, n° 3, 2014, pp. 555-556. Un contributo specifico si deve a A. LEANDRO, "L'equo processo nel diritto processuale civile internazionale europeo", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n° 1, 2016, pp. 23-73.

⁷² Esso sottolinea l'importanza che l'applicazione dello strumento assicuri la protezione della vita privata sancita dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

⁷³ Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati), *GUUE* L 119/1 del 4 maggio 2016.

⁷⁴ L. A. BYGRACE/LUCA TOSONI, "Article 4(1). Personal data", in C. KUNER/L. A. BYGRACE & C. DOCKSEY (a cura di), *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2020.

⁷⁵ Corte di giustizia 9 marzo 2017, *Manni*, C398/15, ECLI:EU:C:2017:197.

⁷⁶ *Ibid.*, par. 30 ss.

co. Nell'ultima ipotesi, ciò che rileva è sempre la riconducibilità delle informazioni a una persona fisica, mentre la circostanza per cui dette informazioni si inseriscono nel contesto di un'attività professionale non è idonea a privarle della loro qualificazione come dati personali⁷⁷.

Resta peraltro da sottolineare che le persone giuridiche beneficiano comunque delle tutele predisposte dall'atto normativo nazionale di recepimento della direttiva 2002/58/CE, relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche (direttiva *e-Privacy*)⁷⁸.

50. La direttiva 2002/58/CE ed il regolamento (UE) 2016/679 si pongono in un rapporto di specialità. In questo senso, la direttiva costituisce una normativa speciale volta a precisare ed integrare le disposizioni generali contenute dal regolamento (UE) 2016/679⁷⁹. In ogni caso, nel silenzio della direttiva, i principi attinenti al trattamento dei dati personali, i requisiti sulla liceità di tale trattamento e le deroghe *de jure* compatibili si traggono, nell'ordine, dagli artt. 5, 6 e 23 RGDP. Sotto questo aspetto, ispirandosi al principio cardine della minimizzazione dei dati codificato dal predetto art. 5, par. 1, lett. c RGPD, il regolamento (UE) n. 1783/2020 impone alle autorità competenti, in qualità di titolari del trattamento *ex art.* 30, par. 2, la cancellazione dei dati personali raccolti che non risultino adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario in ordine alle finalità per le quali gli stessi sono trattati. A rinforzo, lo scambio di informazioni effettuato tra le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Unione è sottoposto ai requisiti delineati dal regolamento (UE) 2018/1725, ancora una volta in tema di trattamento dei dati personali delle persone fisiche⁸⁰.

X. Disponibilità e amministrazione del sistema ToE

51. Il sistema di scambio nell'ambito dell'assunzione di prove (ToE) è pensato per fornire un servizio fruibile in qualsiasi momento, ad esclusione delle interruzioni per le operazioni di manutenzione programmata, oppure straordinaria dovuta a guasti o altri imprevisti⁸¹. L'art. 28 del regolamento di rifusione, a cui fa seguito l'art. 9 del regolamento (UE) n. 850/2022, stabilisce che spetta agli Stati membri sostenere i costi di installazione, funzionamento e manutenzione dei propri punti di accesso per l'interscambio, che si compongono di un *gateway* e un connettore; lo stesso vale per i costi di creazione, adeguamento e aggiornamento dei rispettivi sistemi informatici nazionali per renderli interoperabili. Portare a termine simili attività e garantire un buon funzionamento del servizio può rivelarsi difficoltoso in termini economici. Tuttavia, per i Paesi membri è possibile richiedere sovvenzioni partecipando alle iniziative e ai programmi finanziari dell'UE. Nell'attualità post-pandemica si può ipotizzare che tali sovvenzioni potrebbero essere ottenute attraverso i piani nazionali di ripresa e resilienza in attuazione del *Next Generation EU* (NGEU), anche nell'ottica di colmare, laddove sussista, il *digital gap* degli apparati informatici domestici⁸².

52. La Commissione europea si occupa dello sviluppo e della manutenzione del software di implementazione di riferimento, del quale possono servirsi gratuitamente e discrezionalmente gli Stati membri, e tali operazioni sono integralmente a carico del bilancio dell'Unione. Inoltre, è la stessa Com-

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ Direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche), *GUUE* L 201/37 del 12 luglio 2002.

⁷⁹ *European Data Protection Board* (EDPB), Sull'interazione tra la direttiva *e-privacy* e il regolamento generale sulla protezione dei dati, in particolare per quanto concerne competenze, compiti e poteri delle autorità per la protezione dei dati, parere 5/2019 del 12 marzo 2019, punti 35-38; 41-45.

⁸⁰ Regolamento (UE) n. 2018/1725 del Parlamento europeo e del Consiglio sulla tutela delle persone fisiche in relazione al trattamento dei dati personali da parte delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione e sulla libera circolazione di tali dati, e che abroga il regolamento (CE) n. 45/2001 e la decisione n. 1247/2002/CE, *GUUE* L 295/39 del 21 novembre 2018.

⁸¹ Allegato I, par. 6 del Regolamento di esecuzione (UE) 2022/422.

⁸² Di questo avviso, E. A. ONTANU, "Cost of Decentralised IT System", in A. ANTHIMOS/M. R. ISIDRO (a cura di), *The European Service Regulation. A commentary*, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar, 2023, pp. 258-259.

missione europea a fornire il *gateway* alle entità che gestiscono i punti di accesso⁸³. Significativamente, queste entità rispondono, sulla scorta della legge applicabile, dei danni derivanti dal (mal)funzionamento di un punto di accesso autorizzato e-CODEX e di eventuali sistemi connessi⁸⁴.

53. Più complesso e ramificato è il ruolo dell'ente gestore di e-CODEX, le cui responsabilità sono elencate dall'art. 7 del regolamento (UE) n. 850/2022. L'agenzia europea eu-LISA, adempiendo ai propri doveri, mantiene un elevato grado di sicurezza dell'infrastruttura informatica hardware e software. Tra i vari compiti, coperti dal bilancio comune, risalta l'impegno nella prosecuzione dello sviluppo, nella correzione degli errori e nel rilascio di aggiornamenti, inclusi quelli relativi agli *standard* procedurali digitali della piattaforma decentrata ed interoperabile. Ad eu-LISA si deve poi la redazione del vocabolario di base dell'Unione europea della giustizia elettronica (*EU e-Justice Core Vocabulary*), da cui dipende l'interoperabilità semantica del sistema e l'interazione uniforme tra Stati membri.

XI. Rilievi conclusivi

54. Risale ad un decennio addietro il primo Piano d'azione pluriennale in materia di giustizia elettronica europea⁸⁵, attraverso cui si è contestualmente dato avvio alla progettazione di e-CODEX. L'Unione sta dimostrando una progressiva capacità di adattamento alle potenzialità dell'innovazione tecnologica applicata ai sistemi giudiziari. È sufficiente pensare all'istituzione della Rete giudiziaria europea in materia civile e commerciale e della gemella per l'ambito penale (RGE), accessibili dal Portale europeo della giustizia elettronica⁸⁶, che anticipano in un certo senso i risultati conseguiti oggi tramite il decentramento e l'interoperabilità informatiche.

Nondimeno, vi è inevitabilmente ancora molto margine di miglioramento. Ciò discende dalle disposizioni comuni ai regolamenti (UE) n. 1783/2020 e 1784/2020, che concernono il monitoraggio e la valutazione periodica dell'effettiva incidenza degli strumenti, vale a dire il buon funzionamento degli stessi a beneficio collettivo di tutti gli utenti⁸⁷.

55. Orbene, il bacino di utenti è destinato ad allargarsi, poiché mentre stiamo scrivendo, si sta compiendo l'*iter* legislativo che, con tutta probabilità, culminerà con l'adozione di un regolamento volto a rilanciare la digitalizzazione, ribadendo la primarietà di e-CODEX ed estendendone l'impiego ai procedimenti aventi elementi di estraneità, che già ricadono nel campo di applicazione di taluni strumenti europei nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile, commerciale e penale⁸⁸.

56. Il regolamento (UE) n. 1783/2020 per molti aspetti positivamente non si differenzia dal suo predecessore. In fondo, il regolamento (CE) n. 1206/2001 è anacronistico per il solo motivo di non

⁸³ Art. 7 da abbinare con il considerando n. 20 del regolamento (UE) n. 850/2022.

⁸⁴ Art. 9, par. 3 del regolamento (UE) n. 850/2022.

⁸⁵ Piano d'azione pluriennale 2009-2013 in materia di giustizia elettronica europea, *GUUE C 75/1* del 31 marzo 2009.

⁸⁶ Decisione del Consiglio (CE) n. 2001/470 relativa all'istituzione di una rete giudiziaria europea in materia civile e commerciale, *GUUE L 174* del 27 giugno 2001, p.25; Decisione del Consiglio n. 2008/976/GAI relativa alla Rete giudiziaria europea *GUUE L 348* del 24 dicembre 2008, pag. 130-134. Il Portale europeo della giustizia elettronica è accessibile al seguente indirizzo: Portale europeo della giustizia elettronica (europa.eu) (ultimo accesso, 20 agosto 2023). Sul Portale viene altresì pubblicato il manuale redatto dalla Commissione di cui all'art. 23, par. 1 del regolamento (UE) n. 1783/2020,

⁸⁷ Si rimanda all'art. 32 del regolamento (UE) n. 1783/2020, dove è previsto l'avvio, entro il 2 luglio 2023, di un programma dettagliato di monitoraggio presieduto dalla Commissione; altresì l'art. 33, il quale stabilisce che entro cinque anni dalla data di applicazione dell'art. 7 conformemente all'art. 35, la Commissione "*effettua una valutazione del presente regolamento e presenta al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo una relazione sulle sue principali conclusioni tratte corredata, se del caso, di una proposta legislativa*"; condivide la stessa *ratio* delle disposizioni menzionate l'art. 16 del regolamento (UE) n. 850/2022 in tema di monitoraggio e relazioni.

⁸⁸ Chi scrive si riferiva al recentissimo Regolamento (UE) 2023/2844 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2023, sulla digitalizzazione della cooperazione giudiziaria e dell'accesso alla giustizia in materia civile, commerciale e penale a livello transfrontaliero e che modifica taluni atti nel settore della cooperazione giudiziaria, in *GUUE L* del 27 dicembre 2023.

sfruttare gli sviluppi della tecnologia⁸⁹, ma i suoi meccanismi di assistenza istruttoria si sono rivelati già particolarmente progrediti, tanto da essere riprodotti dalla disciplina di seconda generazione e calati in un ambiente maggiormente orientato al mezzo digitale. L'assunzione diretta del materiale probatorio da parte di agenti diplomatici e consolari prevista solo dal regolamento di rifusione, ma già accolta dalla Convenzione dell'Aja del 1970⁹⁰, rimane in fin dei conti marginale, paragonata all'unica e vera novità rappresentata dall'introduzione del sistema ToE, agganciato alla piattaforma informatica decentrata.

57. I profili problematici sollevati dal mezzo digitale vengono riepilogati dal legislatore europeo, ragionando in termini di coppie: interoperabilità/indipendenza della magistratura; efficienza/protezione dei dati personali; rapidità/diritti fondamentali; tecnologia/Stato di diritto⁹¹. Governare la transizione digitale al fine di rafforzare la cooperazione giudiziaria transfrontaliera, in sintesi, implica bilanciare e far coesistere fattori potenzialmente confliggenti; senonché le moderne tecnologie dell'informazione e della comunicazione (TIC) dovrebbero assumere una funzione ancillare nei confronti del nucleo duro di principi e valori comuni sui quali si fonda l'UE.

Seguendo tale criterio, il regolamento di rifusione sta contribuendo a rendere lo spazio giudiziario europeo un sistema integrato, in cui l'accesso alla giustizia risente sempre meno delle frontiere interne.

D'altro canto, nell'era digitale sono emersi fenomeni peculiari spesso di difficile comprensione e normazione, quali gli attacchi informatici⁹². Si tratta di un problema reale, considerata la mole e l'intensità di tali atti criminosi rivolti, prima di tutto, ai soggetti istituzionali che hanno in custodia i dati personali. Potrebbe rivelarsi opportuno affrontare queste tematiche a livello di Unione. Attualmente, stante l'architettura decentrata di e-CODEX, la responsabilità per qualsivoglia incidente concernente i dati oggetto di scambio grava sugli Stati membri.

⁸⁹ Questa è la conclusione raggiunta da *Deloitte* in Commissione europea, Direzione generale della Giustizia e dei consumatori, *Study to support the preparation of an evaluation and impact assessment for the modernisation of the judicial cooperation in civil and commercial matters: service of document*, Publications Office, 2018, pp. 1-232.

⁹⁰ Sull'assunzione a mezzo agenti diplomatici o consolari, M. FRIGO/L. FUMAGALLI, *L'assistenza giudiziaria internazionale in materia civile. Notificazione, assunzione di prove, informazioni sul diritto straniero*, Padova, CEDAM, 2003, pp. 150-155.

⁹¹ Parlamento europeo, relazione relativa alla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un sistema informatizzato di comunicazione per i procedimenti civili e penali transfrontalieri (sistema e-CODEX) e che modifica il regolamento (UE) 2018/1726, del 14 ottobre 2021, A9-0288/2021.

⁹² N. MARCHAL ESCALONA, "The New European Framework on the Service and Taking of Evidence Abroad: Towards a Digitalized European Judicial Area", *Revista Espanola de Derecho Internacional*, n° 1, 2022, p. 161.

Irreconcilable judgments in the EU Regulations: Reforming the ground(s) for refusal of enforcement*

Decisiones irreconciliables en los reglamentos UE: Reforma de los motivos de denegación de la ejecución

MARTINA TIČIĆ

*PhD Candidate of Croatian Science Foundation (HRZZ), University of Rijeka
and University of Antwerp*

University of Rijeka, Faculty of Law

ORCID ID: 0000-0002-5055-607X

Recibido: 15.12.2023 / Aceptado: 15.01.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8438

Abstract: Despite the fact that the abolition of exequatur seems to have become the norm under the EU regulations dealing with monetary claims, all of the regulations that fall under this category still preserve some grounds for refusal of enforcement of judgments. One of the refusal grounds which remained, even in the regulations which otherwise abolished all possibility of refusal, is the ground of irreconcilability with another judgment. Despite its importance, this refusal ground can sometimes still be quite complex to interpret. This paper thus analyses the notion of ‘irreconcilable judgments’, clarifying the remaining difficulties in interpretation. Moreover, it compares the diverging solutions offered in different regulations, and ultimately proposes a potential reform.

Keywords: Irreconcilable judgments, refusal of enforcement, Brussels I Recast, second-generation instruments, private international law.

Resumen: A pesar de que la abolición del exequátur parece haberse convertido en la norma en los reglamentos de la UE que tratan de créditos monetarios, todos los reglamentos que entran en esta categoría aún conservan algunos motivos para denegar la ejecución de decisiones. Uno de los motivos de denegación que persiste, incluso en los reglamentos que de otro modo abolían toda posibilidad de denegación, es el motivo de incompatibilidad con otra decisión. A pesar de su importancia, este motivo de denegación a veces puede resultar bastante complejo de interpretar. Por lo tanto, este artículo analiza la noción de “decisiones irreconciliables”, aclarando las dificultades de interpretación restantes. Además, compara las soluciones divergentes ofrecidas en diferentes regulaciones y, en última instancia, propone una posible reforma.

Palabras clave: Decisiones irreconciliables; denegación de ejecución, Reglamento 1215/2012, instrumentos de ‘segunda generación’, derecho internacional privado.

Summary: I. Introduction; II. Historical overview; III. Irreconcilable judgments; A) The notion of ‘judgment’; a) ‘Judgment’ whose enforcement is sought; b) The conflicting ‘judgment’; B) The notion of ‘irreconcilability’; IV. Irreconcilability ground(s) of refusal; C) Irreconcilable judgment of the State Addressed; D) Irreconcilable judgment of another Member State or a Third State; V. Proposed reform.

* This work was supported by the Croatian Science Foundation through the Young Researchers’ Career Development Project (DOK-2020-01).

I. Introduction

1. As established initially in the Treaty of Rome,¹ the European Union (EU) is founded on the principle of a common internal market, based on the four freedoms of movement: free movement of goods, services, persons and capital.² Over the years, a ‘fifth freedom’³ emerged – the free movement of judgments. The core instrument which facilitated the flow of judgments in civil and commercial matters between the Member States was the Brussels Convention,⁴ followed by the Brussels I Regulation,⁵ and by the Brussels I Recast,⁶ which is currently in force. Other instruments have since been introduced as a way to expand the possibilities for judgments to be recognized and enforced freely throughout the EU. Not only did this facilitate the circulation of judgments, but it also allowed for judicial cooperation between the Member States.

2. The free movement of judgments, however, does not currently equal the recognition and enforcement of judgments without frontiers. Despite the mutual trust that is encouraged between the Member States, such trust is not blind.⁷ With remaining differences between Member States’ legal systems and cultures, safeguards are still necessary for the proper functioning of the EU’s legal system. This is also corroborated by the need to respect the fundamental rights which can be impaired in the procedure preceding the deliverance of the judgment which needs to be enforced in another Member State. Furthermore, Member States have an interest in preserving the essential coherence within their own legal system. As a result, all EU regulations provide for a ‘check point’ at the point of entry of judgments originating from other Member States. Thus, recognition and enforcement of a judgment can be refused because of certain irregularities that had occurred prior to the deliverance of a judgment or otherwise jeopardise the highest legal principles in the Member State of enforcement. Over the years, the aim of minimising the number of refusal grounds can be detected, primarily due to the idea of moving towards cross-border enforcement of judgments without frontiers⁸ on the basis of mutual trust, but also owing to further harmonisation of rules and previously mentioned stronger cross-border cooperation between the Member States. In that regard, different possibilities for refusal of enforcement can be found in different regulations.

3. As there have been contrary opinions over which grounds for refusal of enforcement should be kept and which abolished, and particularly due to the fact that the revision of Brussels I Recast as the instrument of main reference⁹ in terms of recognition and enforcement of judgments is currently underway, the time is proper to revisit the refusal grounds of the EU regulations. While some grounds of refusal, particularly the public policy ground, have previously received much scholarly attention,¹⁰ the

¹ Treaty establishing the European Economic Community, Rome (1957).

² Treaty on the Functioning of the European Union, OJ C 202/47 of 07 June 2016, Art. 26(2).

³ J. KRAMBERGER ŠKERL, “European Public Policy (with Emphasis on Exequatur Proceedings)”, *Journal of Private International Law*, n° 7(2), December 2011, p. 480; T. HOŠKO, “Public Policy as an Exception to Free Movement Within the Internal Market and the European Judicial Area: A Comparison”, *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, n° 10(1), December 2014, p. 189.

⁴ Convention of 27 September 1968 on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters, OJ L 299/32 of 31 December 1972 (Brussels Convention).

⁵ Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, OJ L 12/1 of 16 January 2001 (Brussels I Regulation).

⁶ Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition of judgments in civil and commercial matters (recast), OJ L 351/1 of 20 December 2012 (Brussels I Recast).

⁷ K. LENAERTS, “The Principle of Mutual Recognition in the Area of Freedom, Security and Justice”, available at: https://www.law.ox.ac.uk/sites/default/files/migrated/the_principle_of_mutual_recognition_in_the_area_of_freedom_judge_lenaerts.pdf.

⁸ As visible from certain attempts made in this direction, e.g. in the Maintenance Regulation (Regulation No 4/2009) or in the uniform procedures such as European Order for Payment Procedure (Regulation No 1896/2006) or European Small Claims Procedure (Regulation No 861/2007), etc.

⁹ B. HESS, “Towards a More Coherent EU Framework for the Cross-Border Enforcement of Civil Claims”, in J. VON HEIN, T. KRUGER (eds.), *Informed Choices in Cross-Border Enforcement. The European State of the Art and Future Perspectives*, Cambridge, Intersentia, 2021, p. 390.

¹⁰ See e.g., O. MEYER (ed.), *Public Policy and Private International Law. A Comparative Guide*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2022; T. KERESTEŠ, “Public Policy in Brussels Regulation I: Yesterday, Today and Tomorrow”, *Lexonom-*

irreconcilability of judgments received less such attention. This may be so because it is seldom visible through case law;¹¹ however, it remains one of the most important grounds, which is clear from the fact that it is the only ground kept in some of the newer regulations which otherwise abolished all possibility of refusal of enforcement.¹² Regardless of its omnipresence in the EU regulations, irreconcilability of decisions as a refusal ground is regulated differently in the regulations that this paper focuses on. Moreover, it suffers from certain interpretational difficulties, exacerbated by the recent case law of the Court of Justice of the EU (CJEU).¹³ Therefore, the aim of this paper is to identify reasons for different regulatory approaches in the regulations dealing with monetary claims, clear out the issues regarding their interpretation, and investigate whether a universal provision on irreconcilability could replace the existing ones.

4. The research focuses on the EU regulations dealing with cross-border collection of monetary claims, as they share common features, including similar refusal grounds, which allows for joint conclusions.¹⁴ The selected regulations include: Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (Brussels I Recast)¹⁵ and its predecessors 1968 Brussels Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters (Brussels Convention)¹⁶ and Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (Brussels I Regulation)¹⁷; Regulation (EC) No 805/2004 of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 creating a European Enforcement Order for uncontested claims (EEOR)¹⁸; Regulation (EC) No 1896/2006 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 creating a European order for payment procedure (EOPR);¹⁹ Regulation (EC) No 861/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 establishing a European Small Claims Procedure (ESCPR);²⁰ Regulation (EU) No 655/2014 of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 establishing a European Account Preservation Order procedure to facilitate cross-border debt recovery in civil and commercial

ica, n° 8(2), December 2016; T. HOŠKO, *cit.*; B. HESS, T. PFEIFFER, *Interpretation of the Public Policy Exception as referred to in EU Instruments of Private International and Procedural Law (Study)*, Brussels, European Parliament, 2011; J. KRAMBERGER ŠKERL, *cit.*; P. BEAUMONT, E. JOHNSTON, "Can Exequatur be Abolished in Brussels I Whilst Retaining a Public Policy Defence?", *Journal of Private International Law*, n° 6(2), August 2010; A. MILLS, "The Dimensions of Public Policy in Private International Law", *Journal of Private International Law*, n° 4(2), August 2008; D. de Roover, "Public Policy as a Refusal Ground: Well Regulated?", *Tilburg Foreign Law Review*, n° 8(1), January 1999; etc.

¹¹ Heidelberg report - Report (JLS/2004/C4/03) on the application of the Brussels I Regulation in the Member States presented by B. Hess, T. Pfeiffer and P. Schlosser, Study JLS/C4/2005/03, Final version September 2007, Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, p. 563.

¹² See e.g., Regulation (EC) No 805/2004 of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 creating a European Enforcement Order for uncontested claims, OJ L 143/15 of 30 April 2004; Regulation (EC) No 1896/2006 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 creating a European order for payment procedure, OJ L 399/1 of 30 December 2006; Regulation (EC) No 861/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 establishing a European Small Claims Procedure, OJ L 199/1 of 31 July 2007.

¹³ In particular, see CJEU, C-700/20, *London Steam-Ship Owners' Mutual Insurance Association Limited v Kingdom of Spain*, 20 June 2022, ECLI:EU:C:2022:488.

¹⁴ In addition, monetary claims have a different enforcement mechanism from that of the enforcement for other types of judgments, e.g. where children are involved. The irreconcilability ground of refusal in such Regulations are often reversed, in the sense that the latter judgment takes precedence over the earlier one (e.g. Art. 39(1)(d) of the 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), L 178/1 of 02 July 2019).

¹⁵ Brussels I Recast, Arts. 45-51.

¹⁶ Brussels Convention, Arts. 27, 28, 34.

¹⁷ Brussels I Regulation, Arts. 34, 35, 45.

¹⁸ Regulation (EC) No 805/2004 of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 creating a European Enforcement Order for uncontested claims, Official Journal of the European Union, L 143/15 of 30 April 2004 (EEOR), Art. 21.

¹⁹ Regulation (EC) No 1896/2006 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 creating a European order for payment procedure, OJ L 399/1 of 30 December 2006 (EOPR), Art. 22.

²⁰ Regulation (EC) No 861/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 establishing a European Small Claims Procedure, OJ L 199/1 of 31 July 2007 (ESCPR), Art. 22.

matters (EAPOR)²¹; and Council Regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations (Maintenance Regulation).²²

5. Following the Introduction, Chapter II. sets the scene with an overview of historical development of grounds of refusal under the EU regulations dealing with monetary claims. In Chapter III., the notion of ‘irreconcilable judgments’ is defined, while Chapter IV. focuses specifically on the features of the irreconcilability ground of refusal in the above listed regulations. Their provisions are analysed along with the CJEU and national case law, including that collected within the *EFFORTS Project*²³ and the *IC2BE Project*²⁴. This gives way for a proposal to improve the irreconcilability refusal ground. Finally, in Chapter V., conclusions are drawn on the general functioning of the ground in the current system, and summary of the *de lege ferenda* proposals is put forward.

II. Historical overview

6. The dates of 15 and 16 October 1999 mark an important turning point in the development of the rules on recognition and enforcement of judgments among the Member States. It was at this point that the European Council adopted conclusions in Tampere, with the aim of gradual abolishment of intermediate measures, *i.e.*, the exequatur procedure in cross-border recognition and enforcement of judgments in the EU.²⁵ While the process was in no way easy, it could be said that the goal of the Tampere Council was achieved in the regulations concerned with monetary claims, despite differences among the regulations, which result from a particular stage of development of free movement of judgments in the EU.²⁶ The greatest leap was made by abolishing the exequatur in Brussels I Recast, while the

²¹ Regulation (EU) No 655/2014 of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 establishing a European Account Preservation Order procedure to facilitate cross-border debt recovery in civil and commercial matters, OJ L 189/59 of 27 June 2014 (EAPOR), Art. 34.

²² Council Regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations, OJ L 7/1 of 10 January 2009 (Maintenance Regulation), Art. 21. The Maintenance Regulation is thus the only instrument selected for this research that relates to family matters, as opposed to the rest of the regulations in civil and commercial matters. This was done as its scope relates directly to monetary claims, and was previously included under the Brussels I Regulation. Although some additional regulations could also be regarded as dealing with monetary claims, such as e.g. Insolvency Regulation [Regulation (EU) 2015/848 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on insolvency proceedings (recast), OJ L 141/19 of 05 June 2015], Succession Regulation [Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession, OJ L 201/107 of 27 July 2012] or Twin Regulations [Council Regulation (EU) 2016/1103 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes, OJ L 183/1 of 08 July 2016; Council Regulation (EU) 2016/1104 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of the property consequences of registered partnerships, OJ L 183/30 of 08 July 2016], these are not included in this research due to the fact that either their scope of application is specific to areas that are not primarily concerned with monetary claims as such and could thus be regarded only in part, or they concern specific areas that, due to their particular features, should be analysed separately from the rest.

²³ ‘Towards more Effective enforcement of claims in civil and commercial matters within the EU’; Project JUST-JCOO-AG-2019-881802; with financial support from the Civil Justice Program of the European Union. Reports available at: Collection of national case-law - Efforts (unimi.it).

²⁴ ‘Informed Choices in Cross-Border Enforcement’; financed by the European Union under the Civil Justice Programme 2014-2020. Database available at: IC2BE (uantwerpen.be).

²⁵ Tampere European Council, 15 and 16 October 1999, Presidency Conclusions, available at: https://www.europarl.europa.eu/summits/tam_en.htm. See also P. BEAUMONT, E. JOHNSTON, *cit.*, p. 249; P. BEAUMONT, L. WALKER, “Recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters in the Brussels I Recast and some lessons from it and the recent Hague Conventions for the Hague Judgments Project”, *Journal of Private International Law*, n° 11(1), June 2015, p. 32.

²⁶ S. HUBER, “Koordinierung europäischer Zivilprozessrechtsinstrumente”, in R. GEIMER, R. SCHÜTZE (eds.), *Recht ohne Grenzen. Festschrift für Athanassios Kaissis zum 65. Geburtstag*, Berlin/Boston, Otto Schmidt/De Gruyter european law publishers, 2012, p. 428.

Maintenance Regulation was enacted without such requirement from the outset. In addition, a number of new, so-called ‘second-generation instruments’²⁷ (*i.e.*, EEOR, EOPR, ESCPR and EAPOR), which did not require a declaration of enforceability, were passed – most of them even before Brussels I Recast and the Maintenance Regulation.²⁸ This approach may be attributed to the distinguishing feature of the second-generation instruments – their regulatory scheme, which each integrates rules on a special civil procedure and rules on recognition and enforcement, and which, coupled with the set of predefined forms, contributes to the uniformity in the respective procedures in all Member States and thus reduces the need for recognition and enforcement ‘check points’. In this way, the free movement of judgments was established in (almost) full sense of the word. By improving efficiency of cross-border enforcement, this regulatory advancement should contribute to the general welfare in the EU.²⁹

7. Despite the significant progress, mutual trust between the Member States is still not as strong as it may seem.³⁰ It functions as a presumption, which is rebuttable based on the limited number of refusal grounds in a particular regulation.³¹ The purpose of retaining the respective ‘check point’ or a ‘judgment inspection’,³² is primarily to address certain procedural irregularities and to ensure that the defendant had a fair trial.³³ Regardless of which grounds remain available, it is seen as an exception to the general principle of free movement of judgments,³⁴ and should thus be interpreted restrictively.³⁵ The highest number of refusal grounds remains in the Brussels I Recast: public policy exception, irreconcilability with other judgments, guarantee of due process, and security of certain protective jurisdictional rules. As such, these grounds seem to be ‘time-proof’ as they have not changed much since the Brussels Convention was in place.³⁶ In the rest of the regulations, only some of these grounds remain – in majority of the regulations,³⁷ the ground of irreconcilability is the last one standing.

²⁷ P. MANKOWSKI, “The impact of the Brussels Ibis Regulation on the ‘second generation’ of European procedural law”, in P. MANKOWSKI (ed.), *Research Handbook on The Brussels Ibis Regulation*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2020, pp. 230-249. See also J. VON HEIN, T. IMM, “Introduction: Practical Challenges and Research Aims”, in J. VON HEIN, T. KRUGER (eds.), *Informed Choices in Cross-Border Enforcement. The European State of the Art and Future Perspectives*, Cambridge, Intersentia, 2021, p. 4; B. HESS, “The State of the Civil Justice Union”, in: B. HESS, M. BERGSTROM, E. STORSKRUBB (eds.), *EU Civil Justice. Current Issues and Future Outlook*, Bloomsbury Publishing, 2016, p. 4; E. STORSKRUBB, “EU Civil Justice at the Harmonisation Crossroads?”, in A. NYLUND, M. STRANDBERG (eds.), *Civil Procedure and Harmonisation of Law*, Cambridge, Intersentia, 2019, p. 18.

²⁸ J. VON HEIN, T. IMM, *cit.*, p. 7.

²⁹ G. CUNIBERTI, “The Recognition of Foreign Judgments Lacking Reasons in Europe: Access to Justice, Foreign Court Avoidance, and Efficiency”, *International and Comparative Law Quarterly*, n° 57(1), January 2008, p. 47.

³⁰ M. WELLER, “Mutual Trust: In Search of the Future of European Union Private International Law”, *Journal of Private International Law*, n° 11(1), May 2015, pp. 66, 67.

³¹ I. KUNDA, “Međunarodnoprivatnopravni odnosi”, in E. MIŠČENIĆ (ed.), *Europsko privatno pravo. Posebni dio*, Zagreb, Školska knjiga, 2021, p. 497.

³² M. HAZELHORST, *Free Movement of Civil Judgments in the European Union and the Right to a Fair Trial*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2017, pp. 51, 52.

³³ As provided in the European Convention on Human Rights (European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Council of Europe, as amended by Protocols Nos. 11 and 14, 4 November 1950, ETS 5, available at: <https://www.refworld.org/docid/3ae6b3b04.html>, Art. 6) and Charter of Fundamental Rights of the European Union (Charter of Fundamental Rights of the European Union, OJ C 326/391 of 26 October 2012), Art. 47).

³⁴ T. KERESTEŠ, M. REPAS, “Grounds for Refusal of Recognition and Enforcement in the Brussels I Recast”, in V. RIJAVEC, W. KENNETT, T. KERESTEŠ, T. IVANČIĆ (eds.), *Remedies Concerning Enforcement of Foreign Judgements. Brussels I Recast*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2018, p. 196.

³⁵ CJEU, C-414/92, *Solo Kleinmotoren GmbH v Emilio Boch*, 2 June 1994, ECLI:EU:C:1994:221, para. 20; CJEU, C-7/89, *Dieter Krombach v André Bamberski*, 28 March 2000, ECLI:EU:C:2000:164, para. 21; CJEU, C-38/98, *Régie nationale des usines Renault SA v Maxicar SpA and Orazio Formento*, 11 May 2000, ECLI:EU:C:2000:225, para. 26. See also H. ŠIKIRIĆ, “Razlozi za odbijanje priznanja i ovrhe sudskih odluka po Uredbi Vijeća (EZ) br. 44/2001 od 22. prosinca 2000. o sudskoj nadležnosti i priznanju i ovrshi odluka u građanskim i trgovačkim predmetima”, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, n° 60(1), February 2010, p. 62.

³⁶ X. KRAMER, “Cross-border enforcement and the Brussels I-bis regulation: Towards a new balance between mutual trust and national control over fundamental rights”, *Netherlands International Law Review*, n° 60(3), November 2013, p. 363. See also *European Commission*, Study to support the preparation of a report on the application of Regulation (EU) No 1215/2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (Brussels Ia Regulation) Final Report (Publications Office of the European Union, 2023), p. 246.

³⁷ With the exception of EAPOR.

8. The reason for omnipresence of the irreconcilability ground of refusal may be found in its purpose. It aims to avoid the disturbance in the legal order of the Member State of enforcement which would be created if conflicting judgments would be allowed to coexist.³⁸ In other words, it is justified by the aim of avoiding *bis in idem* in cross-border litigation,³⁹ whereby it assures the coherence among parties' rights and obligations within a legal system of individual Member States. Thus, it ensures the smooth functioning of the EU's area of freedom, security and justice.⁴⁰

9. The situation in which the irreconcilable judgments are given in two different EU Member States relates to the failure of the courts to respect the rule of *lis pendens*, provided in Articles 29-32 of the Brussels I Recast or Article 12 of the Maintenance Regulation. The *lis pendens* rule aims to resolve such situations pre-emptively, which explains why this refusal ground is seldom relied on.⁴¹ However, the rules of *lis pendens* in the Brussels I Recast do not cover the related proceedings pending before the courts of a Third State – in such cases, Brussels I Recast only provides a margin of discretion for the judges of a court in a Member State to stay the proceedings.⁴² Thus, the risk of irreconcilable judgments in EU rises. Additionally, if the proceedings in a Third State commence after those in a Member State, the risk of conflicting judgments rises again, as Third States are not bound by the EU rules on *lis pendens*. Here, the risk of conflicting judgments may still be mitigated in instances where international conventions which regulate *lis pendens*, e.g. Lugano Convention,⁴³ are applicable.

10. Regardless of the fact that irreconcilable judgments will oftentimes be avoided beforehand, the risk of parallel proceedings cannot be regarded as trivial,⁴⁴ as such situations still occur, and when they do, it is necessary to provide means to deal with them. Considering that the enforcement of conflicting and mutually exclusive judgments is practically impossible,⁴⁵ it does not come as a surprise that this ground of refusal still holds its place even in the regulations that otherwise abolished all refusal grounds.

III. Irreconcilable judgments

11. Before dealing with specific provisions in the regulations, this Chapter aims to offer analysis of the concept of 'irreconcilable judgments' by addressing in turn the notions of 'judgment' and 'irreconcilability'.

A) The notion of 'judgment'

12. In the course of recognition and enforcement, two judgments confront each other: the judgment whose enforcement is sought and the judgment with which the first one is irreconcilable.

³⁸ P. MANKOWSKI, "Article 45", in U. MAGNUS, P. MANKOWSKI (eds.), *European Commentaries on Private International Law. Commentary. Brussels Ibis Regulation*, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 2nd edition, 2023, p. 887; T. KERESTEŠ, M. REPAS, *cit.*, p. 214.

³⁹ P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, "La incompatibilidad de decisiones como motivo de denegación de la ejecución de los títulos ejecutivos Europeos", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, n°9, 2009, p. 272.

⁴⁰ J. KUIPERS, "The Right to a Fair Trial and the Free Movement of Civil Judgments", *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, n° 6, December 2010, p. 32.

⁴¹ A. GIUSSANI, "Grounds for refusal of recognition of foreign judgments: Developments and perspectives in EU Member States regarding public order and conflicting decisions", in V. RIJAVEC, K. DRNOVŠEK, C. H. VAN RHEE (eds.), *Cross-Border Enforcement in Europe: National and International Perspectives*, Cambridge, Intersentia, 2020, p. 60.

⁴² Brussels I Recast, Art. 33(1).

⁴³ Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (Lugano Convention), OJ L 339/3 of 21 December 2007.

⁴⁴ Y. FARAH, S. HOURANI, "Frustrated at the interface between court litigation and arbitration? Don't blame it on Brussels I! Finding reason in the decision of West Tankers, and the recast Brussels I", in P. STONE, Y. FARAH (eds.), *Research Handbook on EU Private International Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2015, p. 120.

⁴⁵ M. HAZELHORST, *cit.*, pp. 46, 55.

a) ‘Judgment’ whose enforcement is sought

13. For the purpose of interpreting the notion of ‘judgment’ whose enforcement is sought, one should turn to the autonomous definition of ‘judgment’ provided in the regulation relevant in the case at hand.⁴⁶ Regardless of certain particularities, the definitions provided in the EU regulations on monetary claims only contain minimal differences; thus, it could be stated that a ‘judgment’ equals ‘any judgment given by a court or tribunal of a Member State, whatever the judgment may be called, including a decree, order, decision or writ of execution, as well as the determination of costs or expenses by an officer of the court.’⁴⁷ The Maintenance Regulation in its Art. 2(1)(1) uses the same definition, but employs the term ‘decision’ instead of ‘judgment’. This may be prescribed to the specific nature of the matters that fall under the scope of the Maintenance Regulation, as opposed to the rest. Regardless, the identical definition points to the fact that the concept of ‘decision’ in the Maintenance Regulation, and the concept of ‘judgment’ in the rest of the regulations, are essentially the same.

14. In Brussels I Recast, another element is added specifically in regard to its Chapter III on recognition and enforcement, stating that the notion of ‘judgment’ ‘includes provisional, including protective, measures ordered by a court or tribunal which by virtue of this regulation has jurisdiction as the substance of the matter. It does not include a provisional, including protective, measure which is ordered by such a court or tribunal without the defendant being summoned to appear, unless the judgment containing the measure is served on the defendant prior to enforcement’.⁴⁸

15. While the concept of ‘judgment’ is certainly broad, there must be an actual judgment – a court settlement or an arbitral award do not qualify as ‘judgments’.⁴⁹ The notion of ‘judgment’, however, will include the ‘consent judgments’,⁵⁰ typically found in the legal systems of some Member States, such as Croatia⁵¹ and Slovenia.⁵² While such judgments are referred to as ‘court settlements’ in national laws of those Member States, this notion should not be confused with the notion of ‘court settlements’ under the EU private international law, in particular under Article 2(b) of Brussels I Recast, because they do not have the same meaning. Owing to their special features, including the *res iudicata* effect, the ‘consent judgments’ warrant the inclusion under the notion of ‘judgments’ within the meaning of both Article 2(a) and Article 45 of Brussels I Recast.⁵³

⁴⁶ For Brussels I Recast, Art. 2; for EEOR, Art. 4; for EAPOR, Art. 4(8). The Maintenance Regulation employs a different terminology and uses the term ‘decision’, but the definition provided in its Art. 2 shows that it is essentially the same concept as the term ‘judgment’, and can be used interchangeably. The EOPR and ESCPR do not provide the definition of ‘judgment’ as it was unnecessary due to the self-standing, written nature of these particular procedures.

⁴⁷ Brussels I Recast, Art. 2; EEOR, Art. 4(1); EAPOR, Art. 4(8), leaves out the word ‘tribunal’ and the offered examples (‘decree, order, decision or writ of execution’).

⁴⁸ Brussels I Recast, Art. 2. This addition represents the codification of the finding in the ruling in CJEU, C-125/79, *Bernard Denilauler v SNC Couchet Frères*, 21 May 1980, ECLI:EU:C:1980:130. Decisions within the EAPOR are of no relevance in this context because the CJEU provides an interpretation about the quality of a judgment which makes it apt for enforcement and not about the notion of judgment itself (CJEU, C-555/18, *K.H.K. v B.A.C., E.E.K.*, 7 November 2019, ECLI:EU:C:2019:937, para. 44; CJEU, C-291/21, *Starkinvest SRL*, 20 April 2023 ECLI:EU:C:2023:299, para. 56).

⁴⁹ See CJEU, C-414/92, *Solo Kleinmotoren GmbH v Emilio Boch*, 2 June 1994, ECLI:EU:C:1994:221, para. 20.

⁵⁰ Heidelberg report - Report (JLS/2004/C4/03) on the application of the Brussels I Regulation in the Member States presented by B. Hess, T. Pfeiffer and P. Schlosser, Study JLS/C4/2005/03, Final version September 2007, Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, p. 66, 277. See also A. LAYTON, H. MERCER (gen. eds.), *European Civil Practice (Vol 1)*, London, Sweet & Maxwell, 2nd edn, 2004, p. 869; I. KUNDA, M. TIČIĆ, “Authentic Instruments and Court Settlements Under the Twin Regulations”, in L. RUGGERI, A. LIMANTÉ, N. POGORELČNIK VOGRINC (eds.), *The EU Regulations on Matrimonial Property and Property of Registered Partnerships*, Cambridge, Intersentia, 2022, pp. 72-74.

⁵¹ Croatian Civil Procedure Act (Zakon o parničnom postupku), Narodne novine 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 96/08, 123/08, 57/11, 148/11, 25/13, 89/14, 70/19 (2019) Arts. 321, 322.

⁵² Slovenian Civil Procedure Act (Zakon o pravdnem postopku) Uradni list Republike Slovenije, No. 73. (2007) Arts. 306, 307. See also A. GALIČ, “Vloga sodnika pri spodbujanju sodnih poravnav”, *Zbornik Znanstvenih Razprav*, n° 62, 2002.

⁵³ I. KUNDA, M. TIČIĆ, *cit.*, pp. 73-74: The court settlements in Croatia and Slovenia represent an agreement by the parties which is made before the court, entered in the minutes of the proceedings and signed by all parties. The court ensures that there are no ongoing proceedings on the same matter. Only then does the court settlement becomes final and enforceable, and also acquires the *res iudicata* effect.

16. What remains unnoticed by the relevant regulations is the definition of a Third State ‘judgment’. As visible from the above, the definition of ‘judgment’ is only given in relation to those originating from another Member State.⁵⁴ For the purpose of the notion of a ‘judgment’ from a Third State, no guidance is given in any of the EU regulations dealt with in this paper nor in the CJEU case law. While turning to international conventions may be possible at some instances,⁵⁵ in others, there is no clear answer. Therefore, by analogy, the definition of ‘judgment’ from a Third State should be the same as of a Member State ‘judgment’.

b) The conflicting ‘judgment’

17. To trigger the irreconcilability refusal ground there needs to be an actual judgment standing in conflict with the one whose enforcement is sought. Conversely, a pending proceeding that could potentially lead to an irreconcilable judgment does not warrant refusal of enforcement of an already existing judgment. This holds true even if proceedings are pending in the Member State of enforcement, as correctly held by the decisions of the French⁵⁶ and Spanish⁵⁷ courts. This requirement has been expressed in both provisions in Article 45(1)(c) and (d) of Brussels I Recast using the phrase ‘judgment given’. A clear prerequisite of a ‘given’ judgment is that such judgment must be already rendered by the court at the stage where enforcement is sought, whether that be by the Member State of enforcement, other Member States or in a Third State.⁵⁸ A judgment can be considered as ‘given’ when it produces legal effects according to the law of the Member State or Third State of origin.⁵⁹

18. A question that inevitably follows is whether a ‘judgment given’ must have become *res iudicata* at the point where the enforcement of an irreconcilable judgment is being sought. Some commentators point out that, in a view of the lack of any provision to that effect in the regulations, the judgment does not have to acquire the status of *res iudicata*. They state that the judgment only has to be ‘given’ and that the request for *res iudicata* would thus qualify as an additional requirement and would expand the conditions provided by applicable legal provision.⁶⁰ Such conclusion is drawn on the bases of the CJEU’s ruling in *Italian Leather*, which dealt with irreconcilable decisions on interim measures. The CJEU stated that ‘it is unimportant whether the judgments at issue have been delivered in proceedings for interim measures or in proceedings on the substance’ and that ‘as Article 27(3) of the Brussels Convention [now, Article 45(1)(c) of the Brussels I Recast] (...) refers to ‘judgments’ without further precision, it has general application’.⁶¹ This ruling cannot, however, provide basis for the above conclusion on *res iudicata* as it only confirms that decisions on interim measures are included under the notion of ‘judgments’ in the provisions providing for irreconcilability as a refusal ground – this is clear given that the case dealt with two decisions on interim measures.⁶²

19. Further arguments to the contrary may also be made. It appears counterintuitive that a judgment which acquired the status of *res iudicata* may be denied enforcement on the basis of its irreconcilability with an ‘earlier’ judgment which is still subject to an appeal, and may soon be overturned.⁶³ In

⁵⁴ See Brussels I Recast, Art. 2(a); EEO, Art. 4(1); EAPOR, Art. 4(8); Maintenance Regulation, Art. 2(1)(1).

⁵⁵ See e.g. Lugano Convention, Art. 32.

⁵⁶ EFFORTS Project, Report on French Case Law, available at: D2.11-Report-on-French-case-lawCONFIRMED.pdf (unimi.it), p. 36.

⁵⁷ INDUKERN S.A. Roj: AAP B 4357/2008 - ES:APB:2008:4357A, IC2BE National Case Database, available at: IC2BE INDUKERN S.A. Roj: AAP B 4357/2008 - ES:APB:2008:4357A (uantwerpen.be).

⁵⁸ P. MANKOWSKI, “Article 45”, *cit.*, p. 888.

⁵⁹ P. MANKOWSKI, “Article 45”, *cit.*, p. 894.

⁶⁰ P. MANKOWSKI, “Article 45”, *cit.*, p. 888.

⁶¹ CJEU, C-80/00, *Italian Leather SpA v WECO Polstermöbel GmbH & Co.*, 6 June 2002, ECLI:EU:C:2002:342, para. 41.

⁶² The question of whether there is a possibility of a different outcome were the decisions not of an equal status will be dealt in the following Chapter.

⁶³ In such situations, however, it may be advisable for the enforcing court to stay its proceedings. See e.g. A. LAYTON, H. MERCER, *cit.*, p. 921; P. MANKOWSKI, “Article 45”, *cit.*, p. 893.

addition, according to the Jenard Report, discretion in regards to taking into account the differing status of irreconcilable judgments is left to the court before which the enforcement is sought.⁶⁴ Therefore, the resolution of this question could vary among the Member States. This interpretation is certainly not without problems – not only for the reason of potentially differing interpretations between the Member States, but also because it does not resolve the above-described scenario. Based on the current understanding, however, such scenario may not be fully excluded.

20. Lastly, it has been noted by some authors that the scope of ‘judgment given’ which may prevent enforcement of another judgment based on irreconcilability is broader than the scope of ‘judgment’ whose enforcement is sought – it expands also to some decisions that would not otherwise fall under the general notion, *i.e.*, to decisions outside of the material scope of the regulation in question.⁶⁵ An example of irreconcilable judgments is: a judgment awarding maintenance on the ground of paternity and a judgment which does not recognise the paternity.⁶⁶ This is justified by reason of unacceptability of simultaneous legal effects of conflicting judgments in the same legal system, regardless of the fact that these judgments do not fall under the scope of the same regulation.⁶⁷ Recognising that this extension should be accepted as justified means of resolving the conflict between the judgments, it is submitted that it does not alter the notion of ‘judgment’ as such, but only enables the court to take account of the earlier judgment which is outside the material scope of the regulations applicable to enforcement in a particular case.

21. As a rule, arbitral awards do not qualify as ‘judgments’ relevant for the purpose of irreconcilability because arbitration is outside the scope *ratione materiae* of Brussels I Recast⁶⁸ and arbitral awards are recognised and/or enforced among the Member States under the applicable convention.⁶⁹ However, under certain conditions established in *London Steam-Ship Owners*,⁷⁰ arbitral awards can still stand on the way of recognition or enforcement of judgment from another Member State. In this case, the CJEU interpreted the notion of ‘judgment’ under Article 34(3) of the Brussels I Regulation (now, Article 45(1)(c) of Brussels I Recast). The case dealt with the procedural aftermath of the sinking of the oil tanker *Prestige*. While criminal proceeding with the attached civil claims were pending before Spanish courts, arbitration proceedings were commenced in London, at the initiation of the London P&I Club, *i.e.*, liability insurer of the *Prestige*. Two judgments were delivered: 1) the London arbitral award was delivered first, and concluded that the London P&I Club is not liable before the damages are paid by the owners of the *Prestige*;⁷¹ importantly, the judgment in terms of this award was handed down by the English court, and 2) the Spanish judgment ordering the Club payment of damages. After the Spanish judgment was submitted for recognition in England, a question of whether the English judgment entered in terms of the London arbitral award falls under the notion of ‘earlier judgment’ in Article 34(3) of the Brussels I Regulation.

22. The CJEU stated that an English judgment entered in terms of the arbitral award could be regarded as an ‘earlier judgment’ within the meaning of Article 34(3) of the Regulation if a judicial

⁶⁴ *European Council*, Report on the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters, OJ C 59/1 of 05 March 1979, p. 45.

⁶⁵ B. HESS, “Arbitration and the Brussels I bis Regulation: London Steam-Ship Owners’ Mutual Insurance Association. Case C-700/20, *London Steam-Ship Owners’ Mutual Insurance Association v. Kingdom of Spain*, Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 20 June 2022, EU:C:2022:488”, *Common Market Law Review*, n° 60, April 2023, p. 538; A. MOURRE, “Is Commercial Arbitration Entering in Dangerous Waters in the European Union”, *Asian International Arbitration Journal*, n° 19(1), May 2023, p. 3.

⁶⁶ P. MANKOWSKI, “Article 45”, *cit.*, p. 892.

⁶⁷ T. HARTLEY, “Arbitration and the Brussels I Regulation – Before and After Brexit”, *Journal of Private International Law*, n° 17, May 2021, p. 72.

⁶⁸ Brussels I Recast, Art. 1(2)(d).

⁶⁹ The New York Arbitration Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, New York, 10 June 1958.

⁷⁰ CJEU, C-700/20, *London Steam-Ship Owners’ Mutual Insurance Association Limited v Kingdom of Spain*, 20 June 2022, ECLI:EU:C:2022:488.

⁷¹ In accordance with the ‘pay to be paid’ clause which can be found in all of the insurance contracts concluded with the P&I Clubs.

decision resulting in an outcome equivalent to the outcome of that award could not have been adopted by a court of that Member State without infringing the provisions and the fundamental objectives of the Regulation. Because in the case at hand the arbitral award in terms of which that English judgment was entered violated the relative effect of an arbitration clause included in an insurance contract and the rules of *lis pendens* in the Brussels I Regulation, this English judgment did not constitute an ‘earlier judgment’ within the meaning of Article 34(3) of the Regulation, and could not act as an obstacle to the recognition and/or enforcement of the Spanish judgment.⁷² This was hardly the end of the *Prestige* legal saga since the second arbitral proceedings were still pending at the time the CJEU judgment was made, and the High English Court ruled in October 2023 not to be bound by the CJEU judgment, finding it to be *ultra vires*.⁷³

23. Regardless of these developments and criticism directed against the CJEU judgment, as well as the fact that UK is no longer a Member State, *London Steam-Ship Owners* still requires analysis because it casts a different light on the interpretation of irreconcilability ground of refusal. On the one hand, the ruling confirms that the notion of ‘judgment’ irreconcilable with the one whose enforcement is sought is broader than the notion of ‘judgment’ whose enforcement is sought, and includes judgments entered in terms of arbitral awards. On the other hand, this is limited by additional requirement – that the arbitral award in terms of which the judgment is entered must not have been made ‘in circumstances which would not have permitted the adoption, in compliance with the provisions and fundamental objectives of that regulation, of a judicial decision falling within the scope of that regulation’.⁷⁴ This means that, in case of alleged irreconcilability of judgments, the court of the Member State of enforcement will have to determine whether the arbitral award in question was delivered in accordance with the principles underlying EU judicial cooperation in civil matters which would have been applicable if, instead of the arbitral tribunal, the matter was decided by a court.

24. It is worth assessing whether this CJEU ruling should be codified in by the future amendments of Brussels I Recast, given such practice in the past. Codifications of this sort serve either as corrections⁷⁵ or reminders⁷⁶ to assure proper interpretation by the national courts. However, it is submitted that the ruling in *London Steam-Ship Owners* need not be so codified in future for the following reasons. Rather than serving the above-mentioned purposes, the additional clarification of legal situation of judgments entered in terms of arbitral awards would unnecessarily burden the legislative text which otherwise does not enumerate individual situations dealt with in the CJEU case law on grounds for refusal. In addition, these situations seem to be not only extremely rare, but also unknown in many Member States. Hence, any corresponding amendment might potentially confuse the national courts rather than clarify the situation. Having said that, if it is established that there is a need to make the courts particularly aware of this CJEU ruling, an option of including such clarification in the recitals remains as a viable alternative to codification.

B) The notion of ‘irreconcilability’

25. Another concept whose understanding is indispensable in the context of the analysed ground of refusal is the notion of ‘irreconcilability’. This notion is to be interpreted autonomously and means

⁷² CJEU, C-700/20, *London Steam-Ship Owners’ Mutual Insurance Association Limited v Kingdom of Spain*, 20 June 2022, ECLI:EU:C:2022:488, paras. 43, 53, 54, 59.

⁷³ English High Court, *The London Steam-Ship Owners’ Mutual Insurance Association Limited v The Kingdom of Spain (M/T ‘Prestige’)* [2023] EWHC 2473 (Comm), paras. 214-233.

⁷⁴ CJEU, C-700/20, *London Steam-Ship Owners’ Mutual Insurance Association Limited v Kingdom of Spain*, 20 June 2022, ECLI:EU:C:2022:488, para. 54.

⁷⁵ For instance, Art. 31(2) of Brussels I Recast changed the previous interpretation of CJEU in case C-116/02, *Erich Gasser GmbH v MISAT Srl.*, 9 December 2003, ECLI:EU:C:2003:657.

⁷⁶ For instance, the second part of Art. 2(a) on provisional measures was added to Brussels I Recast as a result of the CJEU ruling in case C-125/79, *Bernard Denilauler v SNC Couchet Frères*, 21 May 1980, ECLI:EU:C:1980:130.

that judgments are irreconcilable if they ‘entail legal consequences that are mutually exclusive’.⁷⁷ Actually, the conditions of irreconcilability are to be interpreted by analogy with those for *lis pendens* in Article 29 of the Brussels I Recast.⁷⁸ The ‘same cause of action’ requirement is to be interpreted liberally,⁷⁹ and comprises of ‘the facts and rule of law relied on as a basis of the action.’⁸⁰ At the same time, it must be assessed what question ‘lies at the heart of the two actions’ which are in conflict.⁸¹ This concept is therefore not restricted to cases where applicable substantive laws are the same.⁸² What matters is that subject-matter is equal, while claims can differ.⁸³ Additionally, for the assessment of whether two claims have the ‘same cause of action’, account should be taken only of the respective claims, and not on the defence submitted by the defendant.⁸⁴

26. *Hoffmann* provides an illustration of the above point.⁸⁵ The case dealt with one decision concerning maintenance (which at the time was under the scope of the Brussels Convention), and other concerning divorce. The decisions were still deemed irreconcilable, as the maintenance was one party’s conjugal obligation and dependent on the existence of marriage, which was dissolved by the decision on the divorce.⁸⁶ Other examples of irreconcilable judgments in the national case law include the decision of the French Court of Appeal in which it held that an Italian order for payment was irreconcilable with a French judgment ordering the debtor to comply with a settlement agreement which was signed between the parties beforehand, as both were dealing with the same claim.⁸⁷ Further such cases include judgment awarding damages for failure to perform a contract and a judgment between the same parties which declares that the contract in question is invalid;⁸⁸ a judgment concluding that a person is liable for damage to someone’s cargo and a judgment denying such liability;⁸⁹ an interim order urging the defendant to stop using a certain trade name could be irreconcilable with a judgment that dismisses application for equal relief.⁹⁰

27. The irreconcilability between the judgments must therefore arise in terms of their effects, not differences among provisions of substantive or procedural law, as they may not necessarily be irreconcilable solely based on that.⁹¹ The requirement of irreconcilability was deemed as not met in the case before the Court of Appeal of Versailles,⁹² which clarified that certificate issued under the Brussels I Regulation is not irreconcilable with the withdrawal of the certificate issued under EEOR, although both certificates were given in relation to the same claim.⁹³ Further examples of judgments that are not deemed irreconcilable include judgments between the same parties, but concerning different

⁷⁷ CJEU, C-145/86, *Horst Ludwig Martin Hoffmann v Adelheid Krieg*, 4 February 1988, ECLI:EU:C:1988:61, para. 22.

⁷⁸ P. MANKOWSKI, ‘Article 45’, *cit.*, p. 894.

⁷⁹ A. LAYTON, H. MERCER, *cit.*, p. 776.

⁸⁰ CJEU, C-406/92, *The owners of the cargo lately laden on bord the ship ‘Tatry’ v The owners of the ship ‘Maciej Rataj’*, 6 December 1994, ECLI:EU:C:1994:400, para. 39.

⁸¹ CJEU, C-144/86, *Gubisch Maschinenfabrik KG v Giulio Palumbo*, 8 December 1987, ECLI:EU:C:1987:528, para. 16.

⁸² A. LAYTON, H. MERCER, *cit.*, p. 776.

⁸³ CJEU, C-144/86, *Gubisch Maschinenfabrik KG v Giulio Palumbo*, 8 December 1987, ECLI:EU:C:1987:528, para. 17.

⁸⁴ CJEU, C-111/01, *Gantner Electronic GmbH v Basch Exploitatie Maatschappij BV*, 8 May 2003, ECLI:EU:C:2003:257, para. 32.

⁸⁵ CJEU, C-145/86, *Horst Ludwig Martin Hoffmann v Adelheid Krieg*, 4 February 1988, ECLI:EU:C:1988:61, paras. 3, 4.

⁸⁶ CJEU, C-145/86, *Horst Ludwig Martin Hoffmann v Adelheid Krieg*, 4 February 1988, ECLI:EU:C:1988:61, para. 24.

⁸⁷ EFFORTS Project, Report on French Case Law, available at: D2.11-Report-on-French-case-lawCONFIRMED.pdf (unimi.it), pp. 18, 36.

⁸⁸ See by analogy to the *lis pendens* situation, CJEU, C-144/86, *Gubisch Maschinenfabrik KG v Giulio Palumbo*, 8 December 1987, ECLI:EU:C:1987:528, paras 16, 17; *European Council*, Report on the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters, OJ C 59/1 of 05 March 1979, p. 45; A. LAYTON, H. MERCER, *cit.*, p. 919.

⁸⁹ A. BRIGGS, *The Conflict of Laws*, New York, Oxford University Press, 2002, p. 126.

⁹⁰ A. BRIGGS, *Civil Jurisdiction and Judgments*, Abingdon, Informa law from Routledge, 7th edn, 2021, p. 743.

⁹¹ A. LAYTON, H. MERCER, *cit.*, p. 919.

⁹² EFFORTS Project, Report on French Case Law, available at: D2.11-Report-on-French-case-lawCONFIRMED.pdf (unimi.it), p. 48, 49.

⁹³ This is due to the fact that, according to Art. 27 of the EEOR, the EEOR does not affect the possibility of seeking recognition and enforcement in accordance with the Brussels I Regulation. Therefore, some inconsistent decisions delivered on the basis of the EEOR and Brussels I Regulation (or Brussels I Recast) may exist, but do not necessarily qualify as irreconcilable judgments.

contracts;⁹⁴ judgments accepting jurisdiction of the court of the forum and a different judgment on the merits;⁹⁵ judgments which are based upon different findings of facts;⁹⁶ a judgment ordering the seller to compensate for damage due to the lack of goods and a judgment ordering the buyer to pay the price of the purchase (as both can be executed simultaneously via set-off);⁹⁷ a judgment that a party is liable for damage to cargo and a judgment ordering payment of damages for short delivery.⁹⁸

28. The notion of ‘irreconcilability’ also raises an issue of the assessment of the status of the judgments which are in conflict. As previously established, judgments which are in conflict need not be of equal status, e.g. one may be a *res iudicata*, while another may still be under appeal. According to the current rules, there seems to be no ‘hierarchy’ of decisions when assessing their irreconcilability. In a situation of conflict between a judgment on the merits and a provisional decision, commentators have concluded that these do not necessarily have to be irreconcilable, as their consequences may be different.⁹⁹ This may generally be true, as a judgment on the merits and an interim judgment do not produce the same effect; on the contrary, interim measure will usually cease to have effect after a judgment on the merits is issued.¹⁰⁰ This is certainly the case where interim measure is issued by the court of a Member State which has jurisdiction as to the substance of the matter. However, interim measures can also be issued by other courts, which do not have jurisdiction as to the substance.¹⁰¹ Although such measures do not benefit from the EU rules on mutual recognition and enforcement,¹⁰² it does not mean that they cannot be enforceable under the national rules. As confirmed in *TOTO*, there is no hierarchy between different grounds of jurisdiction for issuing such measures, which in turn allows for variance of interim measures to be issued by different courts, from different Member States.¹⁰³ Thus, irreconcilability can arise between an interim judgment and a judgment on the merits.¹⁰⁴ On such occasion, could the enforcement of judgment on the merits be refused based on the ground of irreconcilability with the provisional measure? As provisional measures do fall under the notion of ‘judgment’, the answer seems to be affirmative. In cases where the conflicting interim judgment is a domestic one, *i.e.*, rendered by a court in the Member State of enforcement, the possibility of refusal on the basis of Article 45(1)(c) of the Brussels I Recast is even greater. This solution is unfortunate; however, as stated above, it will depend on the court of the Member State of enforcement, which will have discretion over this issue.¹⁰⁵

IV. Irreconcilability ground(s) of refusal

29. After analysing the notion of ‘irreconcilable judgments’, the following analysis will focus in more detail on the provisions of the selected regulations, with the aim of detecting whether variations in

⁹⁴ P. MANKOWSKI, “Article 45”, *cit.*, p. 892.

⁹⁵ P. MANKOWSKI, “Article 45”, *cit.*, p. 892.

⁹⁶ A. LAYTON, H. MERCER, *cit.*, p. 919.

⁹⁷ H. ŠIKIRIĆ, *cit.*, p. 87.

⁹⁸ A. BRIGGS, *The Conflict...*, *cit.*, p. 126.

⁹⁹ A. LAYTON, H. MERCER, *cit.*, p. 920; P. MANKOWSKI, “Article 45”, *cit.*, p. 892.

¹⁰⁰ X. KRAMER, “Case C-80/00, Italian Leather SpA v. WECO Polstermöbel GmbH & Co., European Court of Justice, 6 June 2002”, *Common Market Law Review*, n° 40, August 2003, p. 961.

¹⁰¹ Brussels I Recast, Art. 35. See also V. RIJAVEC, “Cross-border Effects of Provisional Measures in Civil and Commercial Matters”, in V. RIJAVEC, T. IVANC, *Cross-border Civil Proceedings in the EU (Conference Papers)*, Maribor, Univerza v Mariboru, Pravna fakulteta, 2011, p. 85.

¹⁰² Brussels I Recast, Art. 2(a); recital 33 of the Preamble.

¹⁰³ CJEU, C-581/20, *Skarb Państwa Rzeczypospolitej Polskiej reprezentowany przez Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad v TOTO SpA - Costruzioni Generali and Vianini Lavori SpA*, 6 October 2021, ECLI:EU:C:2021:808. See also G. CUNIBERTI, “CJEU Rules on Parallel Interim Litigation”, available at: CJEU Rules on Parallel Interim Litigation – EAPIL.

¹⁰⁴ P. VLAS, M. ZILINSKY, F. IBILI, “Civil Jurisdiction and Enforcement of Judgments in Europe”, *Netherlands International Law Review*, n° 49(1), May 2002, p. 128.

¹⁰⁵ *European Council*, Report on the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters, OJ C 59/1 of 05 March 1979, p. 45.

this ground of refusal are justified and whether there is a possibility of a single solution which would be in line with the regulations' common objectives.

30. While majority of the regulations on the cross-border collection of monetary claims provide only one ground for refusal of enforcement on the basis of irreconcilability, regardless of the origin of the irreconcilable judgment in question, Brussels I Recast offers two grounds for refusal of recognition and enforcement related to irreconcilability of judgments. The first one, contained in Article 45(1)(c), provides for refusal of recognition or enforcement in case of a judgment of the Member State Addressed, while the second provision can be found in Article 45(1)(d), and relates to judgments from other Member States and Third States. The two are discussed in turn, with simultaneous comparison to the singular provision offered in the rest of the regulations.

C) Irreconcilable judgment of the State Addressed

31. Article 45(1)(c) of Brussels I Recast provides that the recognition or enforcement shall be refused 'if the judgment is irreconcilable with a judgment given between the same parties in the Member State addressed'. Thus, this provision only refers to irreconcilability with domestic judgments. The only requirement here is that judgments must be given between the same parties. This requirement would also be fulfilled in case of a different party in the first and second proceedings, if that party succeeded to the rights of one of the initial parties.¹⁰⁶ This, however, differs from situation where the subrogation already took place and the first creditor, which is not entitled to pursue the claim anymore, attempts to enforce the relevant judgment. Such situation is visible on the example from the Higher Regional Court Koblenz, which decided on the question of irreconcilable judgments dealing with maintenance claims which were subrogated from the first creditor to the public maintenance fund.¹⁰⁷ In a situation where the public maintenance fund attempted to enforce the judgment which was previously denied enforcement to the first creditor (who was not entitled to pursue the claim due to subrogation), the court ruled that such judgment is not irreconcilable with the previous judgment refusing enforcement, as the judgments were not 'between the same parties'.

32. This provision of Article 45(1)(c) automatically prioritises the domestic judgment with which the judgment whose recognition or enforcement is sought is irreconcilable. It does not matter whether the domestic judgment was given before or after the one whose recognition or enforcement is sought – what matters is that it exists at the time this is being sought.¹⁰⁸ This is certainly a delicate issue, as the irrefutable priority given to a domestic decision may be contradicting the idea of free movement of judgments and their automatic recognition. It is thus questionable whether this can be reconciled with the idea of mutual trust between the Member States, considering that a provision biased in favour of domestic judgments clearly discriminates against other Member States' judgments. This is especially the case when the domestic judgment was issued later than the one from another Member State whose recognition and/or enforcement is sought. Some initially believed that this situation is not even addressed by Brussels I Recast (as it only states that the judgment must be 'given') and, furthermore, since foreign judgments receive automatic recognition, that a domestic judgment is not able to affect their status.¹⁰⁹ However, on the basis of the ruling in *Hoffmann*, where the CJEU considered that a domestic judgment, although given later in time, prevails over the foreign one,¹¹⁰ authors maintain that Article 45(1)(c) produces *ex nunc* effect from the date the domestic judgment is adopted.¹¹¹ This points to the fact that domestic judgment would

¹⁰⁶ P. MANKOWSKI, "Article 45", *cit.*, p. 893; T. KERESTEŠ, M. REPAS, *cit.*, p. 215.

¹⁰⁷ EFFORTS Project, Report on German Case Law, available at: D2.10-Report-on-German-case-law.pdf (unimi.it), p. 4.

¹⁰⁸ A. BRIGGS, *Civil...*, *cit.*, p. 742; T. KERESTEŠ, M. REPAS, *cit.*, p. 215. For an example from national courts, see also e.g. EFFORTS Project, Report on French Case Law, available at: D2.11-Report-on-French-case-lawCONFIRMED.pdf (unimi.it), p. 36.

¹⁰⁹ P. MANKOWSKI, "Article 45", *cit.*, p. 893.

¹¹⁰ CJEU, C-145/86, *Horst Ludwig Martin Hoffmann v Adelheid Krieg*, 4 February 1988, ECLI:EU:C:1988:61, para. 23.

¹¹¹ P. MANKOWSKI, "Article 45", *cit.*, p. 893.

be given priority even if it is rendered after the foreign one. Such conclusion should perhaps be reconsidered after the abolition of exequatur in the Brussels I Recast and the immediate enforceability that is awarded to judgments. However, the wording of the provision did not change and still results in refusal of enforcement if a domestic judgment between the same parties is irreconcilable with the judgment whose enforcement is being sought. Thus, at the moment the domestic judgment is given, the judgment from another Member State ceases to be entitled to automatic recognition and enforceability.¹¹²

33. Another issue related to Article 45(1)(c) is the fact that domestic judgments are automatically given priority even when they are not *res iudicata*, and that, even if the domestic judgment is only provisional, it can be given priority over the foreign one.¹¹³ From the national court's point of view, it is perhaps understandable to give preference to the judgment given in its own Member State, regardless of the fact that it may still undergo appeals. However, from an EU perspective, preference of domestic judgments in cases where the judgments in question are not of equal status, *i.e.*, if a foreign judgment is *res iudicata* and the domestic one is still appealable and thus may be overturned, is opposing the core idea behind the EU's area of freedom, security and justice. This issue, however, is not limited to Article 45(1)(c), as the question of irreconcilability of judgments which are not of equal status is not resolved in any of the regulations relevant for the purpose of this paper. Regardless, this provision of Brussels I Recast and its explicit favouritism towards domestic judgments has been met with much criticism, and was even referred to as an 'expression of obsolete nationalism and chauvinism'.¹¹⁴

34. In light of the above, a change of Article 45(1)(c) would be welcome. A better solution can be found in the second-generation instruments. Although these regulations opted for a more restrictive approach to refusal of enforcement, almost all of them still kept the refusal ground for irreconcilable judgments. This is understandable considering the previously mentioned practical impossibility of enforcing conflicting and mutually exclusive judgments. As opposed to Brussels I Recast, only one ground for irreconcilability is offered in each of these regulations, with the same standard for any 'judgment given', regardless of where it was issued but with clear priority to earlier one. This represents a modernisation reflecting higher level of mutual trust.

35. Before analysing the refusal ground for irreconcilability in the second-generation instruments, however, it is necessary to assess whether a similar solution may be applicable to Brussels I Recast, or the reasoning for different solution lies in the specific features of these procedures. In that vein, EOPR and ESCPR form uniform, self-standing EU procedures which result in an EU order/title. Although these specific regulations may only be applied in cross-border cases, parties still have the possibility to opt for their national counterparts, which exist alongside them.¹¹⁵ Thus, the possibility of irreconcilability of such EU title with a domestic judgment remains possible. The same is true for EEOR, which was envisioned as a way to certify an existing judgment as an EEO, subsequently allowing such judgments to circulate freely, without intermediate measures, among the Member States.¹¹⁶ This was particularly important as this regulation came to existence at the time when the exequatur was still not abolished within the Brussels regime. After this has changed in the Brussels I Recast, the relevance of EEOR itself is questioned by some authors.¹¹⁷ In any case, EEOR can be viewed as a potential substitute for enforcement of judgments under the Brussels I Recast. Against the backdrop of the ambitious changes in Brussels I Recast in regards to the abolition of exequatur, the reason why the refusal grounds for irreconcilability remained the same is not quite clear. The uniformness of specific EU rules or the procedures itself may have prompted the initial departure from the specific position of domestic judgments in terms of irreconcilability under the second-

¹¹² A. LAYTON, H. MERCER, *cit.*, p. 925.

¹¹³ P. MANKOWSKI, "Article 45", *cit.*, p. 892.

¹¹⁴ P. MANKOWSKI, "Article 45", *cit.*, p. 893.

¹¹⁵ EOPR, Art. 1(2); ESCPR, Art. 1.

¹¹⁶ EEOR, Art. 1.

¹¹⁷ See e.g. B. HESS, D. ALTHOFF, T. BENS, N. ELSNER, I. JÄRVEKÜLG, "The Reform of the Brussels Ibis Regulation", *Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law Research Paper Series*, n° 6, November 2022, pp. 30, 31.

generation instruments – at the same time, this does not explain why the same was not done in regards to Brussels I Recast. The unjustifiableness of different treatment of irreconcilable judgments has already been noted by some authors,¹¹⁸ especially in terms of unconditional priority of domestic judgments, which ‘serves neither comity nor judicial economy’.¹¹⁹ As mentioned above, such provision should find no place in the system which is founded on the principle of mutual recognition of judgments and aims to further facilitate the free movement of judgments, without frontiers.

36. In that vein, it should be noted here that a change of Article 45(1)(c) would not in any way affect the general system of recognition and enforcement that is employed in Brussels I Recast. For example, if one party tries to enforce a judgment from a Member State A in the Member State B, the enforcement would be refused if there is a conflicting domestic judgment from the Member State B. This refusal, however, would not be dependant solely on the fact that both judgments were given between the same parties, but would also have to involve the same cause of action. This should not be viewed as an issue, given that this additional requirement should not be hard to fulfil on the rare occasion that the judgments in question are actually irreconcilable. It would, however, remove the special status of domestic judgments and bring them to the same footing as the judgment emanating from different Member States. Once again, this should not be viewed as an issue, given that there is no particular need to protect national interest in these types of situations which are, after all, not common in practice. Moreover, the free movement of judgments in the EU places judgments of all Member States on an equal footing; therefore, any provision of the EU regulations which places domestic decisions above decisions of another Member State, without a particularly important reason, should be viewed as ‘outdated’.¹²⁰

37. For the purpose of comparison, EEOR, EOPR and ESCPR, with minor variances,¹²¹ provide that enforcement shall be refused if the judgment whose enforcement is sought ‘is irreconcilable with an earlier judgment given in any Member State or in a third country’ if it fulfils three additional requirements: a) the earlier judgment must have involved the same cause of action and was between the same parties; b) it was either given in the Member State of enforcement or it fulfils the conditions for its recognition in the Member State of enforcement; and c) the irreconcilability was not and could not have been raised as an objection in the court proceedings in the Member State of origin.¹²²

38. Apparently, the conditions in the second-generation instruments are somewhat stricter than in Brussels I Recast, particularly compared to Article 45(1)(c). Here, no priority is given to domestic judgments; instead, a chronological priority of judgments is instituted.¹²³ This removes problems linked to favouring domestic judgments. Such ‘chronological requirement’ at an enforcement stage may also be praised simply as a matter of principle, as it discourages the bad-faith litigation tactics of delaying the procedure, *i.e.*, the ‘Italian torpedo’ strategy.¹²⁴ In terms of EEOR, it is important to differentiate the moment of issuance of the judgment in question and the moment in which the certification as an EEO

¹¹⁸ S. HUBER, “The Reform of the European Small Claims Procedure. Foreign Body or Puzzle Piece within the System of European Civil Procedure?”, in J. VON HEIN, T. KRUGER (eds.), *Informed Choices in Cross-Border Enforcement. The European State of the Art and Future Perspectives*, Cambridge, Intersentia, 2021, p. 100; B. HESS, D. ALTHOFF, T. BENS, N. ELSNER, I. JÄRVEKÜLG, *cit.*, p. 27; S. LEIBLE, „Art. 45 Brüssel Ia-VO”, in T. RAUSCHER (ed.), *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EuZPR / EuIPR Kommentar*, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 2021, p. 1077.

¹¹⁹ F. JUENGER, “The Recognition of Money Judgments in Civil and Commercial Matters”, *The American Journal of Comparative Law*, n° 36(1), 1988, p. 26.

¹²⁰ As pointed in e.g. B. HESS, D. ALTHOFF, T. BENS, N. ELSNER, I. JÄRVEKÜLG, *cit.*, p. 27.

¹²¹ The differences lie in the fact that EOPR differs in a way that it also provides for irreconcilability with an earlier decision ‘or order previously given...’. Additionally, the same regulation differs as it provides that it is necessary only that ‘irreconcilability could not have been raised as an objection in the court proceedings in the Member State of origin’.

¹²² EEOR, Art. 21; EOPR, Art. 22; ESCPR, Art. 22.

¹²³ S. HUBER, “The Reform...”, *cit.*, p. 100.

¹²⁴ C. CRIFÒ, *Cross-Border Enforcement of Debts in the European Union, Default Judgments, Summary Judgments and Orders for Payment*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, p. 98. For more on the ‘Italian torpedo’ strategy, see e.g., D. KENNY, R. HENNIGAN, “Choice-of-Court Agreements, the Italian Torpedo, and the Recast of the Brussels I Regulation”, *International and Comparative Law Quarterly*, n° 64, January 2015.

was issued. For the sake of determining which of the conflicting judgments came earlier, the moment of issuance of the judgment itself is relevant.¹²⁵

39. In terms of the last requirement under c), EOPR differs slightly, as it provides only that irreconcilability could not have been raised as an objection in the Member State of origin. This is so as the EOP is structured in a way that its issuance is dependent on there being no objections.¹²⁶ Nonetheless, this condition can sometimes be hard to fulfil, as it can be difficult for the Member State of enforcement to certify whether the objection could have been raised in the Member State of origin.¹²⁷

40. The only regulation from the selected ones which does not allow for a refusal of enforcement based on the irreconcilability ground is EAPOR. Generally, it establishes a system in which any violation of the conditions for issuance of the order may be challenged solely in the Member State of origin.¹²⁸ Its Article 16 explicitly states that ‘the creditor may not submit to several courts at the same time parallel applications for a Preservation Order against the same debtor aimed at securing the same claim’,¹²⁹ and that the creditor, when applying for EAPO, must declare whether he has lodged any additional applications for equivalent national order against the same debtor.¹³⁰ Depending on the information provided, the court will then consider whether the issuance of EAPO is still appropriate.¹³¹ Because of this requirement, conflicting decisions are unlikely. There are, however, still possibilities for such situations, *e.g.*, if there is an order which rejects an application for EAPO as unfounded and a subsequent order which allows the same application.¹³² In these circumstances, it seems that the issue could not be raised in the Member State of enforcement, which leaves space for future challenges. The question arises as to whether one could rely on the public policy exception, which has been preserved in EAPOR in cases of irreconcilability. Although this seems possible in some international conventions,¹³³ this should not be so under EAPOR. Firstly, the legislator’s intention seems not to allow such interpretation, given that EU regulations generally separate the question of irreconcilability from the public policy exception. Secondly, the CJEU, when interpreting the provisions of the Brussels Convention and the Brussels I Regulation, held that the use of the ‘public policy’ concept is precluded when the issue in question is whether a foreign judgment is compatible with a national judgment.¹³⁴ In any case, with EAPOR’s limited practical application so far,¹³⁵ this issue appears to have merely theoretical relevance.

41. Finally, the Maintenance Regulation provides that the enforcement of the decision may be refused ‘if it is irreconcilable with a decision given in the Member State of enforcement or with a decision given in another Member State or in a third State which fulfils the conditions necessary for its recognition in the Member State of enforcement’.¹³⁶ This is applicable to decisions given in the Member States that are bound to the 2007 Hague Protocol, *i.e.*, every Member State except Denmark. For deci-

¹²⁵ P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *cit.*, p. 276.

¹²⁶ C. CRIFÒ, *cit.*, p. 143.

¹²⁷ C. CRIFÒ, *cit.*, p. 143.

¹²⁸ G. CUNIBERTI, S. MIGLIORINI, *The European Account Preservation Order Regulation: A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, p. 229.

¹²⁹ EAPOR, Art. 16(1).

¹³⁰ EAPOR, Art. 16(2).

¹³¹ EAPOR, Art. 16(4).

¹³² G. CUNIBERTI, S. MIGLIORINI, *cit.*, p. 232.

¹³³ *European Council*, Report on the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters, OJ C 59/1 of 05 March 1979, p. 45.

¹³⁴ CJEU, C-145/86, *Horst Ludwig Martin Hoffmann v Adelheid Krieg*, 4 February 1988, ECLI:EU:C:1988:61, para. 21; CJEU, C-700/20, *London Steam-Ship Owners’ Mutual Insurance Association Limited v Kingdom of Spain*, 20 June 2022, ECLI:EU:C:2022:488, para. 78.

¹³⁵ See *e.g.*, EFFORTS Project, Report on Croatian Case Law, available at: D2.13-Report-on-Croatian-case-law.pdf (unimi.it), p. 6; EFFORTS Project, Report on Italian Case Law, available at: D2.9-Report-on-Italian-Case-law.pdf (unimi.it), p. 70; EFFORTS Project, Report on German Case Law, available at: D2.10-Report-on-German-case-law.pdf (unimi.it), p. 1.

¹³⁶ Maintenance Regulation, Art. 21(2). In the same provision, it is added that ‘a decision which has the effect of modifying an earlier decision on maintenance on the basis of changed circumstances shall not be considered an irreconcilable decision’.

sions given in Denmark, exequatur is not abolished, and in terms of irreconcilability as a refusal ground, it is the same as in Brussels I Recast.¹³⁷ In practice, this refusal ground seems to be only of limited importance as it is rarely used.¹³⁸ When comparing with the provisions in other above analysed regulations, the provision in Maintenance Regulation is surprisingly minimalistic. No additional requirements, such as the ones in EOPR, ESCPR and EEOR, are laid down. This difference, however, may be warranted by the special ways the decisions in the sphere of family law are rendered and then changed depending on the subsequent changes of the relevant facts.

D) Irreconcilable judgment of another Member State or a Third State

42. The second provision dealing with irreconcilable judgments in Brussels I Recast in Article 45(1)(d) provides that the recognition or enforcement shall be refused ‘if the judgment is irreconcilable with an earlier judgment given in another Member State or in a Third State¹³⁹ involving the same cause of action and between the same parties, provided that the earlier judgment fulfils the conditions necessary for its recognition in the Member State addressed’. Clearly, it contains stricter conditions than in cases of conflicts with domestic judgments. Several additional requirements must be fulfilled: the conflicting judgment is given ‘earlier’, in a different Member State or a Third State; it involves the same cause of action; it is given between the same parties; and it fulfils the conditions required for its recognition in the Member State addressed. Due to the additional requirements, this provision bears more similarities with the respective provisions in EOR, EOPR and ESCPR.

43. The first condition refers to temporal priority – whichever judgment is given first will have priority. While the chronological hierarchy of judgments is welcome, the moment relevant for this assessment is not certain in all situations.¹⁴⁰ Situation is simple where both judgments are given in two different Member States, because effects of both judgments are automatically recognised and the date when recognition or enforcement is sought holds no importance. Taking into consideration the date of the commencement of the proceedings would be wrong, as Article 45(1)(d) is ‘not a sanction of the violation of Article 29’ on *lis pendens* (which obliges any court other than the one first seized to stay the proceedings of its own motion), and the issue of the relevant moment for assessment ‘should be solved with respect to the logic followed in Article 36’ (which established the automatic recognition of any judgment given in a Member State).¹⁴¹ Since judgment cannot be automatically recognised before it starts producing relevant legal effects in the Member State of origin, this date (the date on which the judgment starts producing such legal effects) would be the most appropriate one for the assessment in question.¹⁴² This date can be the same as the date on which the judgment was rendered, but need not be,¹⁴³ which of course depends on the national law of the Member State of origin.

44. For situations in which there is a Third State judgment, the question of the relevant date for the assessment of priority seems more complicated, as Third State judgments do not benefit from automatic recognition.¹⁴⁴ However, careful reading of Article 45(1)(d) provides a solution. Since this provision

¹³⁷ Maintenance Regulation, Art. 24(c) and 24(d).

¹³⁸ *European Commission*, Study on the application of Regulation (EU) No 4/2009 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations, Final Report, JUST/2019/JCOO/FW/CIVIL/176 (2020/05), p. 56.

¹³⁹ The opposite situation of a recognition and enforcement of a Third State judgment and possible refusal for the reason of irreconcilability is outside the scope of Brussels I Recast, and subject to national (or international) law in force in the State Addressed.

¹⁴⁰ P. MANKOWSKI, “Article 45”, *cit.*, p. 894.

¹⁴¹ P. MANKOWSKI, “Article 45”, *cit.*, p. 894.

¹⁴² P. MANKOWSKI, “Article 45”, *cit.*, p. 894.

¹⁴³ P. MANKOWSKI, “Article 45”, *cit.*, p. 894.

¹⁴⁴ With an exception in cases where the Member State of enforcement offers automatic recognition to all foreign judgments, e.g. in the case of Belgium. See P. MANKOWSKI, “Article 45”, *cit.*, p. 895.

states that a judgment must fulfil the conditions necessary for its recognition, and not actually be recognised in the Member State of enforcement, the date relevant for assessment is the date when the judgment starts producing relevant legal effects which again will depend on the national law of the State of origin.

45. Once the priority is established, further conditions to be met for recognition depend on whether the judgment originates from a Member State or a Third State. If it originates from a Member State, the Brussels I Recast applies to all issues; if it originates from a Third State, conditions for recognition will be found either in national law or in an international convention applicable in the Member State addressed.¹⁴⁵ Once it is established that the earlier judgment is recognised, the issues of irreconcilability will of course depend only on Brussels I Recast (or another EU instrument) hence the reference is made to the above discussion.

46. Another important condition in Article 45(1)(d) is that irreconcilable judgments must be given in different Member States or a Member State and a Third State. If two irreconcilable judgments are given in the same Member State, their conflict falls outside the scope of the Brussels I Regulation and should be resolved in that Member State, in line with the available national legal remedies.¹⁴⁶ This was confirmed by the CJEU in *Salzgitter*.¹⁴⁷ This solution has been criticized by some scholars,¹⁴⁸ as it does nothing to prevent possible problems, such as the one in *Salzgitter*, where the defendant did try to raise his objections before the national courts, but was still blocked every time, which led to the existence of two conflicting judgments in the same Member State. It appears that such situations are still occurring in practice, as in a case before the Luxembourgish court which rejected the argument of irreconcilability based on the fact that the two judgments in question were both rendered in Belgium.¹⁴⁹ However, rather than being the problem of EU cross-border civil cooperation, it is one that needs to be resolved within the national legal and judicial system of the State of origin.

47. The twofold approach which differentiates between the judgments rendered in the Member State addressed and judgments rendered in any other State, was not deemed necessary in the second-generation instruments. The same provision that was mentioned above in relation to the domestic judgments applies also to judgments from other Member States or Third States. However, it departs from Article 45(1)(d) in two ways. Firstly, the conflicting judgments can also originate from the same Member State as evident from the wording itself, since the earlier judgment can be given in ‘any’ Member State. Secondly, the requirement is that the irreconcilability was not and could not have been raised in the Member State of origin. The objective here is clearly to avoid opportunistic behaviour of debtors who can raise the same ground in the proceedings in different Member States.¹⁵⁰ While useful, the second requirement can also result in some difficulties for the Member State of enforcement in certifying whether there was an opportunity to raise objections in the Member State of origin. Then again, this is the issue to be resolved by the national law of the respective Member State of origin.

48. It is visible from the analysis above that Article 45(1)(d) is mostly in line with the singular refusal ground in the second-generation instruments. Even so, the second-generation instruments still opted for a modernised approach in view of the inclusion of irreconcilable judgments originating from the same Member State, and in view of the added requirement that irreconcilability was not and could not have been raised in the Member State of origin. As already noted above, the specific features of

¹⁴⁵ P. MANKOWSKI, “Article 45”, *cit.*, p. 895.

¹⁴⁶ P. MANKOWSKI, “Article 45”, *cit.*, p. 891.

¹⁴⁷ CJEU, C-157/12, *Salzgitter Mannesmann Handel GmbH v SC Laminorul SA*, 26 September 2013, ECLI :EU:C:2013:597, para. 40.

¹⁴⁸ See A. BRIGGS, *Civil...*, *cit.*, p. 744; S. LEIBLE, *cit.*, p. 1079; G. MÄSCH, “EuGVVO: Keine Anwendbarkeit von Art. 34 Nr. 4 auf unvereinbare Entscheidungen aus demselben Mitgliedstaat”, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2013, p. 905.

¹⁴⁹ EFFORTS Project, Report on Luxembourg Case Law, available at: Microsoft Word - 24NovDefReportLuxembourgischCase Law.docx (unimi.it), p. 5.

¹⁵⁰ P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *cit.*, p. 277.

EEOR, EOPR and ESCPR do not warrant such different solution as opposed to Brussels I Recast. Actually, both Brussels I Recast and the second-generation instruments overlap in the scope of application *ratione materiae* and, thus, the second-generation instruments refer to Brussels I Recast in terms of jurisdiction.¹⁵¹ Moreover, they all share the same goal of facilitating the free movement of judgments. In particular, the refusal grounds also serve the same purpose and thus warrant the aligned interpretation. Finally, the provision on irreconcilability refusal ground in the second-generation instruments does not in any way simplify the necessary conditions for irreconcilable judgments; actually, the conditions may even be stricter in some instances, as especially visible when comparing requirements of Article 45(1) (c) with the refusal ground in EEOR, EOPR and ESCPR. While it is true that these regulations represent different stages of the development of EU rules on free movement of judgments,¹⁵² at this point it would be appropriate to consider all of the rules and incorporate the best approaches into Brussels I Recast as the main instrument of reference.

V. Proposed reform

49. Irreconcilability as a refusal ground could be seen as the last one standing in some of the more ‘ambitious’ regulations in terms of the rules on enforcement. From the example of EAPOR, however, it can also be seen that it is not irreplaceable. Since the case law shows that irreconcilability is rarely used as a ground of refusal in practice, the possibility for its abolishment is even greater. However, irreconcilable judgments can still occur, regardless of the rules on the coordination of the proceedings in substance through the rules of *lis pendens*. Thus, it is appropriate that ‘checks’ remain at the enforcement stage as well. Since the case law analysis does not indicate that this refusal ground is being used as a means to prolong the procedure in any way, it can also be concluded that it does not have a particular negative effect in terms of cost-effectiveness and lengthiness of the cross-border enforcement procedure.

50. Instead of aiming for its abolition, attention should therefore be paid to the ways in which it may be improved. Important differences can be detected among the provisions of the selected regulations, particularly between Brussels I Recast and the rest of the regulations. This can, in turn, create interpretational issues. As there is no reason as to why such differential treatment would be necessary, a possibility of alignment of all of these provisions should therefore be taken into account.

51. The above comparison between the provisions of Brussels I Recast, *i.e.*, Articles 45(1)(c) and 45(1)(d), and the provisions of the ‘second-generation’ instruments, shows that the most prominent issue is the outdated refusal ground of irreconcilability in the Brussels I Recast. This regulation differentiates two situations dealing with irreconcilable judgments, based on whether the judgment seeking enforcement is in conflict with a domestic judgment or a judgment emanating from different Member State or a Third State. In that sense, Article 45(1)(c) gives priority to domestic decisions, even when they were not actually given prior to the judgment whose enforcement is sought. The regulation also intentionally leaves out the situations when both conflicting judgments were rendered in the same Member State, which once again only shifts the problem to the national sphere.

52. There seems to be no justification for retaining priority status for domestic judgment, regardless of whether such judgment was given before or after the judgment whose enforcement is sought. Likewise, there is no justification for stricter requirements in Article 45(1)(d) for irreconcilability for judgments other than domestic. However, the latter provision still does not deal with conflicting judgments originating from the same Member State, nor does it provide for the condition that the irreconcilability was not (and could not have been) raised in the Member State of origin, which helps to prevent the opportunistic behaviour of debtors and minimises the possibility of raising the same ground over again.

¹⁵¹ E.g. in terms of the rules on jurisdiction. See EOPR, Art 6 and ESCPR, Annex I.

¹⁵² S. HUBER, “Koordinierung...”, *cit.*, p. 428.

53. Therefore, merging Articles 45(1)(c) and 45(1)(d) in a single irreconcilability refusal ground would be opportune. Such ground could reflect the provisions of EEOR EOPR and ESCPR, which seem to be more in line with the current EU principles, especially in view of the principle of automatic recognition of judgments within the EU. These instruments were on the right track when introducing new, modernised version of the provision on the irreconcilability as a refusal ground. It would be a missed opportunity not to include similar type of provision into Brussels I Recast as well, considering that it is still the main instrument for recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters in the EU, while EEOR, EOPR and ESCPR have only had limited success. Additionally, having the same (or nearly the same) provisions on irreconcilability refusal ground in all analysed regulations would facilitate uniform application before the Member State courts, and avoid the unnecessary differential treatment of irreconcilable judgments among the selected regulations. Such ‘egalitarian’ approach¹⁵³, *i.e.* consolidation of irreconcilability as ground of refusal, could contribute to legal certainty and effective enforcement of judgments in the EU.¹⁵⁴ After all, these regulations deal with similar questions in different ways, sometimes for no apparent reason. Thus, a modernisation in view of the proposal suggested above is welcome.

¹⁵³ K. KERAMEUS, *Enforcement in the International Context*, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, vol. 264, 1997, p. 107.

¹⁵⁴ S. HUBER, “Koordinierung...”, *cit.*, p. 428.

La trata de seres humanos con fines de explotación sexual en el marco del derecho de asilo europeo y español

Human Trafficking for Sexual Exploitation in the Context of European and Spanish Asylum Law

NATALIA ELIZABETH VIGANO MARTÍNEZ

*Doctoranda del Programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas
Universidad de Granada*

Recibido:14.12.2023/Aceptado:15.01.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8439

Resumen: Numerosas mujeres y niñas que buscan refugio en la Unión Europea (UE), particularmente aquellas que son víctimas de diversos tipos de violencia de género, como sucede en los supuestos de trata de seres humanos con fines de explotación sexual, se encuentran en una situación de extrema vulnerabilidad. Esta fragilidad se ve acentuada por un sistema que, en numerosas ocasiones, las margina y las somete nuevamente a situaciones de victimización. Así pues, el propósito del presente trabajo consiste en analizar, desde una perspectiva de género, los regímenes de protección internacional implementados por la UE y por España, con el objetivo de comprender en detalle el contenido y alcance de la protección otorgada a estas víctimas.

Palabras clave: Migración, asilo, UE, trata de seres humanos, explotación sexual.

Abstract: Many women and girls seeking asylum in the European Union (EU), especially those who are victims of various forms of gender-based violence, such as human trafficking for sexual exploitation, find themselves in a situation of extreme vulnerability. This vulnerability is exacerbated by a system that, on many occasions, renders them invisible and subjects them to revictimization. In this regard, the aim of this work is to analyze, from a gender perspective, the international protection regimes implemented by the EU and Spain, in order to comprehend the content and scope of the support provided to these victims.

Keywords: Migration, asylum, EU, trafficking in human beings, sexual exploitation.

Sumario: I. La trata con fines de explotación sexual como forma de esclavitud contemporánea femenina. II. Mujeres extranjeras víctimas de trata de seres humanos como sujetos del derecho de asilo de la UE. III. Estándar de protección en el cuadro normativo español. IV. Conclusiones.

I. La trata con fines de explotación sexual como forma de esclavitud contemporánea femenina

1. La trata de seres humanos (*human trafficking*) es un fenómeno complejo y una modalidad delictiva que representa una grave violación de los derechos humanos universalmente reconocidos. Constituye una forma moderna de esclavitud que, a expensas de la dignidad, la libertad, la seguridad y la vida de las víctimas, ha evolucionado convirtiéndose en un negocio extremadamente lucrativo¹. Entre

¹ A. LARA AGUADO. “La trata como grave violación de derechos humanos: incoherencias entre la concepción de la trata como atentado a los derechos humanos y su regulación a nivel interno e internacional”. En A. LARA AGUADO (DIR.), R. RUEDA

otros factores, se nutre de las marcadas diferencias sociales y económicas existentes entre los países desarrollados y subdesarrollados.²

2. En lo que respecta a su delimitación conceptual, es esencial hacer mención, en primer lugar, a los principales instrumentos que rigen a nivel internacional. Estos son útiles para comprender la naturaleza del fenómeno y cuáles son sus elementos fundamentales. Así, el denominado Protocolo de Palermo³ celebrado en el año 2000⁴, define la trata de seres humanos como “*la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación*”.

3. De tal definición se desprende, la composición tripartita que la distingue y que consiste en la acción (*captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción*), el medio o estrategia (*amenaza, al uso de la fuerza u otras formas de coacción, rapto, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra*) y finalmente el propósito de explotación, que puede revestir distintas modalidades, *sexual, laboral, esclavitud o prácticas análogas, servidumbre y la extracción de órganos*.

4. Por esta razón es posible afirmar, como sostienen algunos autores, que en realidad estamos ante un delito que constituye un medio para un fin, que no es otro que el de explotar a las personas y lucrarse de ellas, por lo que su naturaleza es esencialmente instrumental.⁵

5. Por su parte, en el ámbito regional del Consejo de Europa, encontramos el Convenio de Varsovia de 2005⁶ y en el marco de la UE, la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos⁷. Ambos instrumentos presentan una definición semejante, aunque es relevante subrayar que el Convenio de Varsovia no incluye el carácter transnacional, ni la exigencia de la presencia de delincuencia organizada como requisitos para su aplicación⁸, lo que amplía, de este modo, su ámbito de aplicación material⁹.

6. No obstante, a pesar de estas diferencias, en todos los instrumentos mencionados se coincide en la irrelevancia del consentimiento de la víctima cuando se utilicen cualquiera de los medios señalados e, incluso, en el caso de menores de edad¹⁰, estos serán siempre considerados víctimas de trata de personas, haya o no consentimiento y con independencia de los medios utilizados¹¹.

VALDIVIA Y C. RUIZ SUTIL, (Coords.), Nuevos Retos en la Lucha contra la Trata de Personas con Fines de Explotación Sexual. Un enfoque interdisciplinar. Aranzadi, 2012.

² La trata de personas representa una “*versión moderna*” de la esclavitud del siglo XIX, que resulta mucho más rentable dado los bajos costos en la forma adquisición y mantenimiento del esclavo, que se basa principalmente en una relación de dominio. C. RUIZ SUTIL. “La técnica legal del hilo de Ariadna en la protección internacional para la esclava de trata”. Cuadernos de Derecho Transnacional, 7(2), 2015, pp. 320-344.

³ Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000.

⁴ Primer instrumento en establecer un concepto de trata de personas consensuado a nivel internacional.

⁵ M. MAQUEDA ABREU. “Trata y esclavitud no son lo mismo, pero ¿qué son?”. Estudios Jurídico Penales y Criminológicos. En homenaje al Prof. Dr.H.C. Lorenzo Morillas Cueva. 2018.

⁶ Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005.

⁷ DOUE L 101/1 de 15 de abril de 2011. Adoptada en el marco de la UE, en virtud de los artículos 83.1 y 79.1 Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE).

⁸ El artículo 4 del Protocolo de Palermo explícitamente exige debe presentar *carácter transnacional* y entrañar *la participación de un grupo delictivo organizado*.

⁹ Quedarían incluidos los supuestos en que el delito no se configure en el marco de una organización criminal así como la modalidad interna o nacional.

¹⁰ En los tres instrumentos analizados se define como *niño o menor de edad* al menor de 18 años.

¹¹ Ver artículo 3 Protocolo de Palermo, artículo 4 del Convenio de Varsovia y el artículo 2 de la Directiva 2011/36/UE.

7. Llegados a este punto, es fundamental hacer una distinción con el delito de tráfico ilícito de personas, ya que, aunque pueden estar conectados¹², constituyen fenómenos diversos que es necesario diferenciar, dado que la confusión entre ambos puede obstaculizar el desarrollo de una correcta identificación de las víctimas y por tanto privarlas de una protección adecuada.

8. De acuerdo al Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, el tráfico ilícito de personas (*migrant smuggling*) se entiende como “*la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte, del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente, con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material*”.

9. La diferencia con la trata de seres humanos, radica principalmente en tres características generales: a) el consentimiento (no hay coacción, violencia o abuso de poder), b) el carácter transnacional y c) ausencia de una finalidad de explotación, dado que el lucro o beneficio proviene de la facilitación de la entrada de personas en un determinado Estado, por lo que esencialmente atenta contra las leyes migratorias del mismo, mientras que la trata constituye una vulneración directa de los derechos humanos de la víctima¹³.

10. Ahora bien, como se ha mencionado anteriormente, existen distintas modalidades de trata de personas, donde aquella con fines de explotación sexual, como su nombre lo indica, constituye una variante específica cuyo objetivo es la explotación sexual¹⁴ de las víctimas, pudiendo desarrollarse a través de numerosos mecanismos¹⁵, aunque mayoritariamente es llevada a cabo mediante la prostitución forzada.

11. De este modo, nos encontramos ante un fenómeno que se asienta sobre la “*mercantilización del cuerpo humano como objeto sexual*”, esencialmente destinado a satisfacer un “*mercado prostitucional*” en permanente crecimiento y que impacta con especial intensidad en mujeres y niñas. Estas son cosificadas, deshumanizadas y reducidas a la condición de mera mercancía para su consumo¹⁶

12. A todas luces, la trata sexual presenta un claro componente de género¹⁷ que, como ha señalado el Comité CEDAW en su recomendación general N° 38 de 2020, “*hunde sus raíces en la discriminación estructural por razón de sexo (...), que con frecuencia se ve agravada en contextos de migración*”¹⁸ y en el que intervienen factores como la pobreza y exclusión social¹⁹.

¹² A menudo pueden compartir rutas, o que los sujetos activos de ambos delitos sean los mismos o incluso que el tráfico de personas al llegar a destino derive en trata de seres humanos. Al respecto ver nota informativa de 2016 del Grupo Interinstitucional de Coordinación contra la Trata de Personas. Disponible en <https://www.refworld.org/es/pdfid/5f6e6ea34.pdf>

¹³ M. LARA PALACIOS. “La trata de seres humanos con fines de explotación sexual. Análisis comparativo del marco normativo internacional, nacional y local”. Revista Internacional de Pensamiento Político, 9, 2014, pp. 399-423.

¹⁴ Ninguno de los instrumentos analizados incluye un concepto de explotación sexual. Esto se debe a la falta de acuerdos entre los Estados al momento de negociar, debido a las diferencias existentes en los distintos ordenamientos, en relacional abordaje del mercado sexual.

¹⁵ Por ejemplo, la pornografía, el matrimonio forzoso o los espectáculos eróticos.

¹⁶ V. CASADO CABALLERO. “La trata de mujeres con fines de explotación sexual: la globalización de la violencia de género”. Investigación y género, logros y retos: III Congreso Universitario Nacional Investigación y Género. Universidad de Sevilla. 2011.

¹⁷ Así Reconocido en la Resolución del Parlamento Europeo de 5 de julio de 2016.

¹⁸ El vínculo entre la trata de seres humanos y los desplazamientos forzados es innegable. Muchas mujeres y niñas que huyen de sus hogares están seriamente expuestas a caer en redes de trata de personas, razón por la cual, en principio, sería posible encuadrarlas dentro del sistema de protección internacional, cuestión a la que nos referiremos en el capítulo tercero.

¹⁹ De acuerdo a los datos reportados por la ONG Amnistía Internacional, *el 70% de las personas pobres en el mundo son mujeres y una de cada cinco niñas en el mundo vive en condiciones de extrema pobreza*. Estas cifras revelan la existencia del fenómeno conocido como *feminización de la pobreza*, que se refiere al mayor riesgo de sufrir pobreza extrema al que están expuestas las mujeres, producto de la desigualdad y la discriminación a la que están sometidas.

13. La explotación sexual no solo configura una de las finalidades o propósitos de la trata, sino que se manifiesta durante todo el proceso y puede darse incluso desde el momento mismo de la captación, donde en numerosas ocasiones las víctimas son maltratadas, violadas y torturadas con el propósito de quebrantar su integridad física, psicológica y emocional para así lograr dominarlas y conseguir un comportamiento dócil y obediente que facilite el aprovechamiento posterior al llegar a destino, donde finalmente son obligadas a ejercer la prostitución²⁰. En este sentido, cabe destacar que la dinámica particular desarrollada por las redes de origen nigeriano, la cuales haciendo uso de la cultura, la religión y la superstición como medios de coerción²¹ suelen captar anualmente cientos de mujeres y niñas en situación de extrema pobreza para luego transportarlas e integrarlas en el mercado sexual europeo²².

14. Por otra parte, debemos tener presente que, aunque constituye un componente central de la trata, la explotación sexual posee carácter independiente, por lo que pueden existir casos de explotación sexual²³ que no estén ligados a trata de personas²⁴, tal y cuando no concurren los tres elementos que la integran (acción, medio y finalidad). No obstante, ambos supuestos suponen una violación grave del artículo 4 del CEDH, sin perjuicio de otros derechos recogidos en el mismo Convenio que puedan ser objeto de vulneración. Así lo ha reconocido el propio TEDH en el asunto S.M. c. Croacia de 2020²⁵, donde ha establecido que “*la noción de «trabajo forzado u obligatorio» del artículo 4 del Convenio pretende proteger contra los casos de explotación grave, como la prostitución forzada, independientemente de que, en las circunstancias particulares de un caso, estén relacionados con el contexto específico de la trata de seres humanos»*”.

15. Las mujeres y niñas que son víctimas de las redes de trata atraviesan prácticas tan crueles que les impacta de forma traumática, generando en ellas sentimientos de miedo, culpa, resignación y vergüenza, producido entre otras cosas por el estigma social que trae aparejado el mundo de la prostitución²⁶. Dichas experiencias les dejan profundas secuelas físicas y psicológicas de carácter permanente, cuando no terminan perdiendo la vida en el intento de escapar de los explotadores.

16. En cualquier caso, queda en evidencia que, ante este tipo de situaciones, los elementos que prevalecen son la violencia y el dominio, no solo por parte de los explotadores, sino también de los clientes, que irónicamente pese a ser actores centrales en el ciclo de la trata sexual, suelen ser los grandes olvidados al momento de analizar esta problemática.

17. Con las nuevas tecnologías, el comercio y la trata sexual crece y se renueva, aunque se siguen reproduciendo estereotipos basados en el dominio del cuerpo y la libertad sexual de la mujer²⁷

²⁰ TORRES FALCÓN “El nuevo rostro de un viejo fenómeno: la trata de personas con fines de explotación sexual y los derechos humanos”. Revista Sociológica, 31(89), 2016, pp. 95-129.

²¹ Los tratantes nigerianos utilizan rituales de *vudú* como el *jujú* que a través de la fe vinculan a la víctima y su familia con su captor. Las mujeres que son sometidas a esta ceremonia deben pagar una deuda que puede alcanzar los 40.000 euros y ante la imposibilidad de hacerlo son obligadas a prostituirse hasta saldar la suma adeudada.

²² H. HADJAB BOUDIAF, “Trata de seres humanas & infancia”. Editorial SG, 2021.

²³ El tribunal en su resolución asimila la prostitución forzada a la explotación sexual, sin embargo, como ya se ha indicado, esta última puede llevarse a cabo mediante diversos mecanismos.

²⁴ Esta distinción podemos encontrarla también en instrumentos como la Convención Belem Do Para cuyo artículo 2 b) incluye dentro del concepto de violencia contra la mujer sea la trata de personas que la prostitución forzada o la Observación General N° 4 adoptada por la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, la cual ha establecido que “*Los actos de violencia sexual y de género, entre los que incluye la trata con fines de explotación sexual, la prostitución forzada, la esclavitud sexual, (...) pueden constituir tortura y otros malos tratos en violación del artículo 5 de la Carta Africana.*”

²⁵ STEDH, asunto S.M. c. Croacia de 20 de junio 2020.

²⁶ Según explican Fernández Chagoya y Vargas Urías (2012) es muy común que exista una condena muy fuerte contra la explotación infantil, que no se da en el caso de las mujeres adultas. Al respecto ver M. FERNÁNDEZ CHAGOYA Y M. VARGAS URÍAS. “Hombres que compran cuerpos: aproximaciones al consumo asociado a la trata de mujeres con fines de explotación sexual”. Género y Desarrollo, Asociación Civil (GENDES, AC), 2012.

²⁷ En palabras de Lugo Saucedo (2017) el comercio sexual representa “*una estructura diseñada por y para los hombres. La mujer, convertida en una mercancía y en un producto para el consumo del hombre. El dominio del hombre sobre la mujer*”. Al respecto ver P. LUGO SAUCEDO. “El ¿trabajo? Sexual, en Trabajo y derechos humanos: algunos retos contemporáneos”. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2017, pp.35-55.

y en un modelo de masculinidad “*hiper activa sexualmente*”. Todo esto se traduce en un número cada vez mayor de hombres que consumen servicios sexuales de distinta naturaleza, lo que permite perpetuar este negocio y hacerlo sumamente lucrativo. La normalización de tales conductas, según sostiene Ranea-Triviño (2020)²⁸, nos lleva a que exista una *banalización* de la trata por parte de “clientes” “*que subestiman y relativizan el daño que sufren las mujeres explotadas sexualmente como consecuencia de que hombres como ellos paguen por prostitución*”.

18. En consecuencia, teniendo en cuenta la relación directamente proporcional que existe entre ambos fenómenos, toda actividad llevada a cabo por las autoridades que pretenda emprender una lucha real contra la trata sexual debe incluir necesariamente la educación y sensibilización de la población en general y particularmente la masculina que nutre este mercado, ya que, no podemos olvidar, como señala Torres Falcón (2016) “*sin oferta no hay demanda. Y viceversa*”.

19. Al respecto, resulta destacable la iniciativa del Parlamento Europeo de 2014, por lo interesante de su enfoque, donde se reconoce claramente que la industria del sexo constituye “*causa y consecuencia de la desigualdad de género y de perpetuar los estereotipos de género y el pensamiento (...) de que el cuerpo de las mujeres está en venta para satisfacer la demanda masculina de sexo*”. Se propone además de la educación como eje fundamental²⁹, la adopción por parte de los Estados miembros de una “*legislación que traslade la carga penal a aquellos que compran servicios sexuales en lugar de a los que los venden, así como la imposición de multas para que la prostitución resulte menos lucrativa para las organizaciones delictivas o la delincuencia organizada*” a los efectos de desalentar la demanda como estrategia de prevención.

20. Cabe aclarar, que este enfoque basado en una lectura negativa del mercado del sexo, en especial de la prostitución, como espejo de una sociedad sexista y patriarcal, que mercantiliza los cuerpos de las mujeres en favor de las necesidades de los hombres, no es compartida por toda la doctrina. Por el contrario, existen otras posturas que defienden que es necesario hacer una distinción tajante entre trata, explotación sexual y prostitución voluntaria, impulsando una regulación del comercio sexual que permita el reconocimiento de derechos a las trabajadoras sexuales. Quienes sostienen estas ideas, afirman que “*el trabajo sexual no es o no debería ser diferente de otras formas de trabajo, ya sea manual o mental, ya que todos involucran partes específicas de nuestros cuerpos, de nuestra habilidad y energía*”, sin embargo, reconocen que no constituye “*una práctica deseable*”, sino más bien una estrategia, para procurar proteger a las mujeres inmersas en la industria sexual³⁰.

21. Este debate, que inicialmente podría considerarse de naturaleza teórica o filosófica, se replica a nivel internacional en la forma en que los diversos sistemas legales abordan este tema. De hecho, la cuestión varía dependiendo del Estado en cuestión, lo que impacta directamente en la capacidad de crear estrategias colectivas para prevenir la trata de personas con fines sexuales, la cual, como se ha mencionado, está intrínsecamente ligada a la industria del sexo, independientemente de la postura que se tome al respecto. Si nos enfocamos en el caso específico de la UE, aunque existen resoluciones del Parlamento Europeo que parecen inclinarse por una postura más bien abolicionista³¹, cada Estado miembro es competente para regular la cuestión según su propio criterio, por lo que es complicado avanzar hacia una armonización en esa dirección.

²⁸ B. RANEA-TRIVIÑO, “La banalidad del mal: irresponsabilidad de la demanda de prostitución frente a la explotación sexual”. *Multidisciplinary Journal of Gender Studies*, 9(2), 2020, pp. 137-159.

²⁹ Así exigido también por el artículo 18 de la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos.

³⁰ P. LUGO SAUCEDO. “¿trabajo? Sexual, en *Trabajo ... op. cit.*, 2017, pp. 41-45.

³¹ Las teorías abolicionistas han calificado esta práctica como una seria afrenta a la dignidad y a la libertad de las mujeres, así como un obstáculo significativo para alcanzar la igualdad sexual. Se considera, en otras palabras, como una verdadera transgresión de los derechos humanos. Al respecto ver D. HEIM, “Prostitución y Derechos Humanos”. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 23, 2011, p. 235.

22. La trata de seres humanos con fines de explotación sexual representa un fenómeno que socava directamente la dignidad de las víctimas y, como hemos constatado, tiene repercusiones económicas, políticas y sociales. A pesar de no ser un problema nuevo, sigue prevaleciendo en la actualidad, impactando año tras año en la vida y la libertad de miles de mujeres y niñas en todo el mundo. Basta con referirnos a las estadísticas proporcionadas por los principales organismos internacionales, las cuales revelan que más del 70 % de las víctimas son niñas y mujeres. Por lo que hablar de trata sexual es vincularla necesariamente de violencia de género como una de sus manifestaciones más extremas “*en cuanto expresión fehaciente de ataque material y simbólico contra los derechos fundamentales de las mujeres*”³².

23. Las condiciones de profunda vulnerabilidad que rodeas a las víctimas, como ha declarado el Relator Especial sobre la trata de personas, no son inherentes a su persona, sino que “*surgen de fallos de las políticas, fallos de la voluntad política y fallos de la cooperación y la solidaridad internacionales. Reconocer estos riesgos es fundamental para garantizar una prevención eficaz de la trata y para que se reconozcan las dimensiones de género de dichos riesgos*”³³.

24. Es imperativo recordar que corresponde a los Estados la responsabilidad de prevenir y combatir esta dañina práctica que vulnera los derechos fundamentales de sus víctimas, en consonancia con los acuerdos internacionales que han asumido. En este sentido, el artículo 6 CEDAW establece de manera explícita la obligación de adoptar todas las medidas pertinentes, inclusive de índole legislativa, con el propósito de erradicar por completo cualquier manifestación de trata de mujeres y la explotación de la prostitución femenina.

25. En suma, nos encontramos ante un delito transnacional, que afecta particularmente a mujeres e infancia y que va a tener transcendencia en el Derecho de los refugiados, tal y como a continuación se estudiará.

II. Mujeres extranjeras víctimas de trata de seres humanos como sujetos del derecho de asilo de la UE

26. A lo largo de este apartado, se constatará que la lucha contra la trata de seres humanos, a pesar de ser una prioridad para la Unión Europea, no ha recibido un enfoque integral desde una perspectiva de género. Esta situación conlleva que las víctimas se encuentren con una serie de obstáculos que dificultan enormemente, si no hacen imposible, la visibilización del delito y el acceso a una protección adecuada para ellas.

27. En el año 2011, consciente del monumental impacto que el fenómeno de la trata de seres humanos tiene en el territorio europeo, la UE aprobó la Directiva 2011/36/UE³⁴, con la intención de intensificar la lucha contra la misma, a través de la armonización de la legislación de los Estados miembros. En ella se reconoce una cuestión que es fundamental y en la que venimos haciendo hincapié a lo largo todo el trabajo, que es la especificidad de este fenómeno en función del género y como afecta de manera desproporcionada a las mujeres y niñas que son víctimas de ésta³⁵.

³² C. RIVAS VALDÉS. “La trata de personas y su comprensión desde la violencia de género”. Cuaderno de Trabajo Social, 6, 2014.

³³ Al respecto ver Informe del Relator especial para la trata de personas: Abordar las dimensiones de género de la trata de personas en el contexto del cambio climático, los desplazamientos y la reducción del riesgo de desastres de 15 de julio de 2022.

³⁴ Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo. DOUE L 101/1 de 15 de abril de 2011.

³⁵ De acuerdo al informe de 2021 sobre la aplicación de la Directiva 2011/36/UE, “*tres cuartas partes de todas las víctimas en la UE son mujeres y niñas, y son víctimas de trata principalmente con fines de explotación sexual. El 60 % de las víctimas de trata lo son con fines de explotación sexual, y más de la mitad son ciudadanas de la Unión. Más del 90 % de las víctimas de trata con fines de explotación sexual son mujeres y niñas, mientras que el 70 % de los tratantes de personas sospechosos, enjuiciados y condenados son hombres*”.

28. En la presente Directiva, se establecen asimismo una serie de medidas que significaron un cambio de enfoque en el abordaje de la trata desde el derecho de la UE, que pasa a estar enfocado en la protección de las víctimas. De esta manera, tanto la presente Directiva como el citado Convenio de Varsovia, que, aunque pertenecen a ámbitos jurídicos diferentes, actúan de manera conjunta se establecen que la ayuda o asistencia dispensada a las víctimas no puede supeditarse a la colaboración que pueda tener con las autoridades. Sin embargo, en la práctica algunos Estados miembros han optado por no seguir esta regla³⁶.

29. Por otra parte, tanto la Directiva 2004/81/CE³⁷ en su artículo 6, como el Convenio de Varsovia (artículo 13) disponen la necesidad de establecer un período de reflexión y restablecimiento para las víctimas que debe tener una duración de 30 días como mínimo. Dado que se trata de una norma de mínimos, en la práctica este periodo puede ser ampliado por las legislaciones de los Estados miembros, como es el caso de España en el que se ha previsto como veremos más adelante, un periodo de restablecimiento y reflexión de 90 días (artículo 59 bis apartado 2 LOE).

30. Asimismo, en el artículo 11.5 de la citada Directiva se conmina a los Estados miembros a llevar adelante medidas de apoyo y asistencia que incluyan la prestación de un alojamiento apropiado y seguro y asistencia material, tratamiento médico necesario, incluida asistencia psicológica, asesoramiento e información y servicios de traducción e interpretación, así como el acceso a una eventual indemnización.

31. En lo que respecta a la protección internacional, es deber de los Estados de informar acerca de la posibilidad de acceder a las modalidades establecidas de acuerdo a la normativa de aplicación (artículo 11.6 Directiva 2011/36/UE). Ahora bien, en relación a ésta última cuestión, cabe preguntarnos ¿qué posibilidad tienen las víctimas de trata de acceder a la protección internacional, de acuerdo a la normativa adoptada en el marco del SECA?

32. A los fines de dar respuesta a esta pregunta hemos de remitirnos a la normativa que integra el Sistema Europeo Común de Asilo (SECA), el cual³⁸, como parte integrante del denominado Espacio de libertad, seguridad y justicia, constituye una competencia compartida entre la UE y los Estados miembros y como tal, se compone principalmente de Directivas, detalle no menor si consideramos que se trata de un instrumento que *a priori* carece de efecto directo y depende exclusivamente de la transposición que cada uno de ellos hace en su ordenamiento nacional. Esta configuración normativa da lugar a que la cuestión objeto de estudio pueda variar según el Estado del que se trate.

33. Entre la normativa que forma parte del SECA encontramos la Directiva 2011/95/UE el Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 por la que se establecen normas relativas a

³⁶ A. MORENO URPI. “La lucha contra la trata de seres humanos en la Unión Europea: análisis de los instrumentos de protección, persecución y prevención”. Tesis doctoral. Universidad Autónoma de Barcelona, 2019.

³⁷ Directiva 2004/81/CE del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes. DOUE L 261/19 de 6 de agosto de 2004.

³⁸ El mismo encuentra su origen en el Consejo de Tampere de 1999, comenzando tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam. Como tal, ha tenido un desarrollo lento y paulatino, estructurado en 2 fases, la primera que va de 1999 a 2004, donde se aprueban una serie de instrumentos que establecen una regulación de mínimos con la finalidad de acercar las legislaciones entre los Estados miembros, recogiendo lo previsto a nivel internacional, en especial la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de 1967. La segunda fase por su parte responde a las profundas deficiencias presentadas por el sistema y la dificultad para alcanzar una armonización efectiva. Durante esta etapa se aprueban instrumentos que constituyen la base del sistema de asilo europeo actual y que son el Reglamento 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 también llamado Reglamento Dublín III; Reglamento (UE) n° 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativo a la creación del sistema “Eurodac”; Directiva 2011/95/EU del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de la protección internacional; Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional y la Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional.

los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional³⁹.

34. Así pues, el artículo 9 de la mencionada Directiva 2011/95/UE establece que los actos de persecución *deben ser graves por su naturaleza o carácter reiterado como para constituir una violación grave de los derechos humanos fundamentales*, en ese sentido, cabe recordar la jurisprudencia del TEDH, en la que expresamente se ha considerado la trata de seres humanos como vulneración grave del artículo 4 CEDH, por lo que la misma quedaría comprendida dentro de tal previsión⁴⁰.

35. Otro aspecto relevante para determinar si la víctima puede acceder a protección internacional es la capacidad del Estado de origen para brindarle salvaguardia frente a estos actos delictivos, la cual, según lo estipulado por la Directiva, debe ser efectiva y permanente, no temporal. Es crucial recordar que, en casos de trata de personas, la persecución proviene de agentes no estatales, no del Estado en sí. Esta circunstancia a menudo genera complicaciones, ya que los tribunales suelen considerar la trata de personas, independientemente de su gravedad, como un delito común y no como una forma de persecución. Por ende, es necesario demostrar la incapacidad del Estado de origen de la víctima para proveer protección.

36. Al respecto es interesante la resolución de los Tribunales italianos, donde se ha reconocido la protección internacional a una mujer nigeriana víctima de trata de personas, señalando *“si bien, el cuadro normativo nigeriano prevé formas de tutela a favor de las víctimas de trata, vista la incidencia y la extensión del fenómeno en el país, (...) la connivencia de las autoridades estatales con los traficantes, el elevado el nivel de corrupción en la policía y en la magistratura, resulta ineficaz la protección que el Estado nigeriano puede ofrecer a las mujeres que intentan reaccionar contra sus propios explotadores”*⁴¹.

37. En razón de ello, las autoridades deberán analizar todos los avances que el Estado de procedencia ha hecho en lo que se refiere a la lucha contra la trata. Según ha señalado ACNUR, hay indicadores claros que pueden dar cuenta de la ausencia de protección por parte de los Estados⁴².

38. Entre tales indicadores podemos señalar:

- La falta de medidas que aseguren una protección a largo plazo de las víctimas;
- Acceso limitado a refugios una vez regresan a estos Estados,
- Inexistencia de medidas de apoyo para las víctimas que asegure su reinserción;
- Ausencia de mecanismos para compensar a las víctimas;
- Corrupción general, impunidad o la implicación de funcionarios.

39. Es preciso subrayar que esta falta de protección del Estado puede darse también, *cuando el riesgo de persecución por parte de un actor no estatal no se encuentra vinculado con uno de los motivos establecidos, pero la incapacidad o falta de voluntad del Estado de brindar protección sí que responde a uno estos*. En otras palabras, la falta de protección podría quedar configurada cuando se demuestra que el Estado de origen omite proteger a la víctima por algunos de los motivos establecidos en la normativa⁴³.

40. Ahora bien, entre los requisitos establecidos se exige también la existencia de un nexo causal entre los actos de persecución y los motivos que la impulsan. De ese modo, el artículo 10 de la Directiva 2011/95/UE establece como motivos *la raza, la religión, la nacionalidad, la pertenencia a un grupo*

³⁹ DOUE L 337/9 de 20 de diciembre de 2011.

⁴⁰ STEDH, asunto S.M. c. Croacia de 20 de junio 2020.

⁴¹ Véase Sentencia Tribunal de Napoli N° 2871 de 27 de febrero de 2023.

⁴² A. MORENO URPI. “¿Las víctimas de trata pueden tener acceso a la protección internacional? Análisis de las posibilidades de refugio o de protección subsidiaria en la Unión Europea”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 74, 2023.

⁴³ A. MORENO URPI. “¿Las víctimas de trata pueden tener acceso a la protección internacional?... *op. cit.*, 2023.

social determinado y las opiniones políticas, por lo cual, las víctimas de trata deberán probar que los actos sufridos están estrechamente relacionados con alguna de tales razones.

41. Así, el motivo que generalmente suele utilizarse para encauzar los supuestos de solicitudes de asilo en relación a la trata de personas es *la pertenencia a grupo social determinado*, siendo éste uno de los principales obstáculos que se presenta a la hora del correspondiente reconocimiento, dada la dificultad de establecer una conexión directa entre ambos⁴⁴.

42. En ese sentido, llevar adelante un abordaje integral y enfocado desde una dimensión de género de la trata de seres humanos, especialmente aquella destinada a la explotación sexual se revela esencial. Solo así podremos avanzar hacia una lectura de este fenómeno centrado en la protección de las víctimas, permitiendo sortear los obstáculos que se presentan en el marco de las solicitudes de asilo.

43. En efecto, si consideramos el componente de género que lo caracteriza, y teniendo en cuenta que constituye una de las manifestaciones más extremas de la violencia de género, queda en evidencia como las víctimas son objeto de persecución por pertenecer a un grupo social determinado, en cuanto mujeres, justificando de este modo el reconocimiento de la protección internacional.

44. Para finalizar, en lo que se refiere a la protección subsidiaria, creada para aquellos supuestos que no puedan encuadrarse dentro de la figura del refugio, requiere de acuerdo a lo previsto por el artículo 2 apartado f) que exista un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves.

45. En virtud de esta disposición, las víctimas de trata de personas, para obtener el reconocimiento de la protección subsidiaria, deben demostrar que, al regresar a su país de origen, enfrentarían la posibilidad de sufrir daños graves. De acuerdo con lo establecido en el artículo 15, estos daños graves se entienden como tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes, siendo esta la única modalidad de daño que, según la normativa, es compatible con tales situaciones.

46. Todo ello, como consecuencia de que las otras definiciones de daño grave aportadas por el mismo precepto, como *las amenazas graves e individuales contra la vida o la integridad física*, por razones que no se comprenden, según el tenor literal de la disposición quedarían circunscriptas exclusivamente al ámbito de los conflictos armados, derivando en una restricción de la protección ofrecida a las víctimas, teniendo en cuenta que tales elementos pueden darse y se dan en numerosos contextos, sin necesidad de exista específicamente un conflicto armado.

47. A todo lo señalado hasta el momento, debemos añadir una cuestión de gran importancia como son los traslados forzados en virtud de la aplicación del Reglamento Dublín III⁴⁵ de cuyos efectos, las víctimas de trata de personas no están exentas⁴⁶.

48. La distribución de la responsabilidad de examinar las solicitudes de protección internacional recae sobre un sistema asentado sobre una equivalencia de tutela entre los Estados miembros que hasta el momento se habría demostrado ficticia.

49. Todo ello sumado a la aplicación desproporcionada del criterio de asignación de la responsabilidad del Estado de entrada regulado por el artículo 13 del Reglamento Dublín III, afecta con especial

⁴⁴ C. RUIZ SUTIL. "La técnica legal del hilo de Ariadna...", *op. cit.*, 2015, pp. 320-344.

⁴⁵ DOUE L 180/31 de 29 de junio de 2013.

⁴⁶ El Reglamento 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida conocido como Reglamento Dublín III, representa el fundamento principal del SECA y se sustenta en el principio de confianza mutua entre los Estados miembros. Este instrumento establece una serie de criterios para determinar qué Estado miembro es responsable de examinar la solicitud de protección internacional.

incidencia a las mujeres y niñas víctimas de distintos tipos violencia de género, como la trata de seres humanos con fines de explotación sexual.

50. En esta línea, las deficiencias presentes en el sistema afectan especialmente a aquellas mujeres que, de acuerdo con el artículo 13 del Reglamento Dublín III mencionado, se ven obligadas a regresar al Estado miembro donde inicialmente llegaron o presentaron su solicitud de asilo, sin que se contemplen excepciones que consideren las particularidades de género y el riesgo de revictimización. Esto implica que no solo tienen que enfrentar el traslado, sino también un nuevo procedimiento en caso de ingreso irregular, con todas las implicaciones físicas y psicológicas que esto acarrea. Los obstáculos en el proceso, como la falta de información, el acceso limitado a asesoría legal, las barreras lingüísticas y la ausencia de intérpretes, complican aún más su situación⁴⁷.

51. En los supuestos de las víctimas de trata, la situación es particularmente problemática, dada la ausencia de regulación expresa al respecto. Ya que, los Estados miembros una vez han procedido a la identificación de una víctima, estarían obligados a concederles un periodo de restablecimiento y reflexión que de acuerdo a la Directiva 2011/36/UE debe durar como mínimo 30 días, para luego proceder al análisis y en su caso a resolución de la protección internacional.

52. Ahora bien, dado el silencio de la norma en relación a colectivos especialmente vulnerables, los Estados miembros no están obligados a hacerse responsables de las solicitudes de asilo que eventualmente presenten las víctimas de trata, por lo cual, en principio una vez finalizado el periodo de restablecimiento y reflexión, podrían proceder al traslado forzoso de las mismas a aquel Estado miembro que de acuerdo a los criterios dispuestos consideren responsable.

53. Esto podría significar, que las víctimas, puedan tener que enfrentarse a nuevos procedimientos, entrevistas, pero sobre todo quedar a merced de un sistema estatal de acogida que no le ofrezca una protección acorde al nivel que exigen sus circunstancias, sin contar con que las posibilidades de éxito del procedimiento de asilo podrían ser mayores o menores según el Estado del que se trate.

54. Por todo ello es fundamental que el Estado miembro, donde la víctima de trata haya sido identificada, se haga responsable de examinar su solicitud asilo, incluso cuando en razón de los criterios aplicables corresponda el traslado, evitando de este modo la revictimización y el riesgo de quedar desprotegida.

55. Debemos tener presente que los Estados miembros disponen de herramientas que podrían ser útiles para evitar traslados forzosos en situaciones que involucran a personas vulnerables, especialmente mujeres y niñas que son víctimas de trata. De hecho, el Reglamento Dublín III contempla en su artículo 17 cláusulas discrecionales, como la cláusula de soberanía, que permite a los Estados examinar solicitudes, incluso si no son responsables según los criterios establecidos. Además, se puede activar la cláusula humanitaria, que autoriza a un Estado miembro inicialmente responsable a solicitar a otro Estado miembro que *“asuma la responsabilidad de un solicitante para reunir a otros familiares por razones humanitarias, especialmente considerando aspectos familiares o culturales, aunque ese otro Estado miembro no sea responsable”*

56. Recordemos que el considerando 32 del propio Reglamento de Dublín III establece que en lo que respecta al tratamiento de las personas comprendidas en el ámbito de aplicación del presente instrumento, los Estados miembros se hallan vinculados por sus obligaciones establecidas en razón de instrumentos de Derecho internacional, incluida la jurisprudencia pertinente del TEDH y proteger a las víctimas de trata de personas es sin lugar a dudas una cuestión de derechos humanos.

⁴⁷ Al respecto ver Informe sobre la aplicación del Reglamento Dublín III de 2 de diciembre de 2020. (2019/2206(INI)).

III. Estándar de protección en el cuadro normativo español

57. En el año 2021 España ha publicado el denominado *Plan Estratégico Nacional contra la Trata y la Explotación de Seres Humanos 2021-2023*⁴⁸. El documento se ha desarrollado basándose en los compromisos internacionales y se articula en torno a 5 pilares fundamentales: detección y prevención; identificación, derivación, protección, asistencia y recuperación de las víctimas; persecución del delito; cooperación y coordinación; mejora del conocimiento.

58. En el mismo se reconoce expresamente el componente género que caracteriza el fenómeno de la trata y en ese sentido se establecen los siguientes principios y objetivos entre los que podemos destacar:

- La víctima como centro de cualquier actuación de los poderes públicos;
- Adecuación de la atención ante situaciones de vulnerabilidad contemplando los factores intrínsecos a la víctima (edad, género, discapacidad, tipo de violencia o explotación a la que se ha visto sometida, etc.);
- Abordar la dimensión de género. Sendo conscientes de que mujeres y niñas sufren este delito de manera desproporcionada, en especial en su vertiente ligada a la explotación sexual.

59. En lo concerniente a la protección de las víctimas en el ámbito migratorio, el sistema español contempla dos niveles diferenciados. Por un lado, se encuentra la protección internacional y, por otro, el régimen de extranjería.

60. En lo que respecta a la protección internacional, la *Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria*⁴⁹, la misma reconoce en su artículo 46.1 la situación de vulnerabilidad de las víctimas de trata de personas, estableciendo, que habrá de ser tenida en la solicitud de protección internacional como una vez haya sido concedida⁵⁰.

61. En lo que se refiere a las modalidades de protección ofrecidas, como hemos señalado en epígrafes precedentes, replicando el modelo europeo, el ordenamiento español reconoce la condición de refugiado conforme a lo Establecido en la *Convención de Ginebra de 1951*⁵¹ y la protección subsidiaria para aquellos supuestos que no pudieran encuadrarse en la figura anterior.

62. En ese sentido, la víctima de trata habrá de demostrar la imposibilidad de regresar a su país de origen por fundados temores a ser perseguida por pertenencia a un grupo social determinado. O en su caso para obtener la protección subsidiaria si se demuestra que de producirse la repatriación correría el riesgo de sufrir un grave daño.

63. Según las estadísticas, las víctimas de trata que solicitan asilo en España encuentran grandes obstáculos para su reconocimiento, en muchos de los casos como resultado de las dificultades de los Tribunales para encuadrar esta práctica entre los motivos de persecución que fundamentan la concesión del estatuto de refugiado y sobre todo por entender que los agentes persecutorios son *delincuentes comunes que son objeto de represión por parte del Estado*, como ha señalado en la sentencia 3651/2015, de 21 de julio.

⁴⁸ Disponible en https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/prensa/balances-e-informes/2021/220112_Plan_nacional_TSH_PENTRA_FINAL_2021_2023.pdf

⁴⁹ BOE núm. 263, de 31 de octubre de 2009.

⁵⁰ Asimismo, el *Real Decreto 220/2022, de 29 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula el sistema de acogida en materia de protección internacional* BOE núm. 76, de 30 de marzo de 2022, establece en su artículo 2 una definición de situación de vulnerabilidad que expresamente incluye a víctimas de cualquier manifestación de violencia contra las mujeres y es claro al señalar que la puesta en práctica del sistema de acogida debe girar en torno a un enfoque centrado en los Derechos humanos y en el género, incluyendo el reconocimiento de la violencia que afecta específicamente a las mujeres

⁵¹ Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y al Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967. BOE núm. 252, de 21 de octubre de 1978.

64. Asimismo, las denegaciones vienen fundamentadas en la falta de credibilidad que se adjudica a los relatos de las víctimas, constituyendo este el único elemento probatorio con el que suelen contar, teniendo que enfrentar *instituciones exigen requisitos de credibilidad a veces desproporcionados y desconectados de la realidad del fenómeno*⁵².

65. Esta problemática queda perfectamente ilustrada en la sentencia del Tribunal Supremo N° 1257/2014, de 31 de marzo de 2014 donde al respecto ha señalado que no son suficientes *“las meras alegaciones de haber sufrido persecución (...) cuando carecen de toda verosimilitud o no vienen avaladas siquiera por mínimos indicios de que se ajustan a la realidad. Ha de existir una persecución y un temor fundado y racional por parte del perseguido (elementos objetivo y subjetivo) para quedar acogido a la situación de refugiado”*.

66. En el caso de que la solicitud de protección internacional sea finalmente resuelta positivamente, a través de cualquiera de las dos modalidades la misma se traducirá en la concesión de una autorización de residencia de larga duración prevista en el artículo 32.3 bis letra e) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero⁵³, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOE)⁵⁴.

67. Ahora bien, como mencionábamos al inicio en los supuestos en que la protección internacional fuera denegada, las víctimas de trata tienen la posibilidad de acceder a un segundo nivel de protección, establecido en el régimen de extranjería español. Las extranjeras en situación irregular que fueran víctimas de trata de personas pueden acceder a un permiso de residencia temporal de acuerdo a lo establecido en los artículos 59 bis LOE y 140 a 146 *Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009*⁵⁵.

68. Conforme a lo dispuesto por la mencionada normativa, se reconoce a las víctimas un periodo de reflexión de al menos 90 días en el que las víctimas podrán decidir si cooperar con las autoridades policiales o no. De igual modo, *se suspenderá el expediente administrativo sancionador que se le hubiere incoado o, en su caso, la ejecución de la expulsión o devolución eventualmente acordadas*.

69. Con posterioridad a dicho periodo, las autoridades podrán declarar a la víctima exenta de responsabilidad administrativa y darle a elegir entre retorno asistido a su país de procedencia o la concesión de una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales que, sin embargo, se encuentra supeditado a la colaboración de la víctima con las autoridades. Esta autorización incluirá también a los hijos menores de edad o con discapacidad de la víctima que en ese momento se encuentren en territorio español.

70. En ese sentido, aunque tales disposiciones tienen carácter positivo, supeditan la protección de la víctima a la ayuda que esta pueda prestar, por lo que como sostiene la Profesora Ruiz Sutil *“se antepone el interés por la persecución del delito antes que el restablecimiento de los derechos de las personas agredidas y la salvaguarda de sus posibilidades de su recuperación inmediata”*.

71. El artículo 31bis LOE, al que ya nos hemos referido en el capítulo anterior, establece la posibilidad de conceder un permiso una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales a la mujer extranjera en situación irregular que fuera víctima de violencia de género o de violencia sexual, categorías donde está de más decir, se encuentran comprendidas claramente las víctimas de trata con fines de explotación sexual. Sin embargo, esta previsión se revela poco útil en lo que respecta a tales

⁵² I. MONTALBÁN. “El derecho de asilo para las mujeres víctimas de trata”. Boletín de la Comisión de violencia de género. Jueces para la Democracia, 3, 2016.

⁵³ BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000.

⁵⁴ C. RUIZ SUTIL. “La técnica legal del hilo de Ariadna...”, *op. cit.*, 2015, pp. 320-344.

⁵⁵ BOE núm. 103, de 30 de abril de 2011

supuestos, principalmente por dos razones, que a claras luces evidencian la falta sensibilidad y conocimiento integral del fenómeno desde un enfoque de género.

72. Por un lado, se supedita la posibilidad de concesión a la existencia de una denuncia previa, cuestión no menor, si se tiene en cuenta la reticencia que las víctimas suelen presentar a denunciar tanto por miedo a las represalias que pudieran sufrir por parte de los explotadores, como por el temor de ser expulsadas dada su situación de irregularidad. Por otro lado, se establece además que, si bien no se incoará el expediente administrativo sancionador por infracción del artículo 53.1.a) LOE, *o en su caso, se suspenderá el expediente administrativo sancionador que se hubiera incoado por la comisión de dicha infracción*, la posibilidad de que la mujer víctima de trata acceda a dicha autorización de residencia, queda suspendida hasta tanto concluya el procedimiento penal, con una sentencia favorable. Todo ello, supone “*una revictimización de las víctimas, en caso de que no puedan probar la situación de violencia sufrida*”⁵⁶.

73. Finalmente, en caso de que la víctima decidiera no colaborar, el artículo 126 RLOE establece la posibilidad de conceder la autorización de residencia temporal por razones humanitarias, el mismo tiene una duración de un año.

74. Para terminar, es necesario destacar dos cuestiones que inciden directamente en nuestro ámbito de estudio, por un lado, la reciente *Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual*⁵⁷, incluye dentro de su ámbito de aplicación subjetivo a todas las víctimas con independencia de su nacionalidad y de su situación administrativa, por lo que las extranjeras en situación de irregularidad podrían beneficiarse de la protección dispensada en la misma.

75. Por otro lado, Resolución de 7 de julio de 2022, de la Secretaría de Estado de Igualdad y contra la Violencia de Género, por la que se publica el Acuerdo de la Conferencia Sectorial de Igualdad de 27 de mayo de 2022 relativo a la acreditación administrativa de la condición de víctima de trata de seres humanos y/o explotación sexual y sus Anexos I y III⁵⁸ de conformidad con el artículo 47 con el Real Decreto Ley 6/2022 de 29 de marzo⁵⁹, prevé el reconocimiento de una acreditación administrativa de la condición de trata de seres humanos, que facilita el acceso a prestaciones y medidas asistenciales establecidas a nivel nacional⁶⁰.

76. En este marco, es de destacar la reciente Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 05654/2022 de 15 de diciembre de 2022⁶¹, la cual, evidenciando el componente de género que atraviesa el fenómeno de la trata de seres humanos con fines de explotación sexual, equipara la situación de sus víctimas a la de las víctimas de violencia de género, reconociéndolas como posibles beneficiarias de la renta activa de inserción social.

V. Conclusiones

77. Como se ha evidenciado a lo largo de este estudio, el fenómeno de la trata de seres humanos, que constituye una de las formas más graves de violencia de género y una violación flagrante de los derechos humanos, no ha sido abordado de manera eficaz, lo que ocasiona numerosos obstáculos para que las víctimas accedan a cualquier tipo de protección. Además, se ha constatado cómo el sistema de asilo,

⁵⁶ A. LARA AGUADO. “Neutralidad del Derecho internacional privado en cuanto al género, una forma de violencia de género institucional”. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*. Protocolo II, 2022, pp. 293-326.

⁵⁷ BOE núm. 215, de 07 de septiembre de 2022.

⁵⁸ BOE núm. 167, de 13 de julio de 2022.

⁵⁹ BOE núm. 76, de 30 de marzo de 2022.

⁶⁰ C. RUIZ SUTIL. “Las violencias de género en entornos transfronterizos. Interconexión de las perspectivas de extranjería, asilo y del derecho internacional privado”. Dykinson, 2023.

⁶¹ STSJ Galicia 05654/2022 de 15 de diciembre de 2022. ECLI:ES:TSJGAL:2022:8242

a pesar de los esfuerzos de armonización, presenta notables discrepancias, lo cual podría perjudicar a las víctimas, ya que las posibilidades de obtener éxito en su solicitud dependen del Estado encargado de su evaluación.

78. De esta manera, el sistema europeo de asilo en su conjunto no ha logrado proporcionar una respuesta jurídica y política eficaz a esta problemática, lo que se traduce en la existencia de un sistema que no solo no protege a las víctimas, sino que las somete a nuevas formas de victimización.

79. En consecuencia, resulta esencial que la Unión Europea incorpore una perspectiva de género en el contexto del asilo, contemplando las necesidades particulares de estas mujeres a lo largo de todo el trayecto migratorio, con una atención especial en la fase de integración en el Estado de acogida. El abordaje desde la dimensión de género, considerada como fundamental, debe comprender tanto la etapa de solicitud y resolución como el posterior proceso de integración en los países receptores.

80. Finalmente, considerando la naturaleza fragmentaria de la legislación europea, tanto en el ámbito del asilo como en lo relativo a la trata de seres humanos, resulta crucial adoptar medidas integrales que permitan progresar en la prevención y en la efectiva protección frente a los diversos niveles de violencia a los que se enfrentan las víctimas. Es esencial establecer instrumentos que aborden los distintos aspectos de un fenómeno tan complejo como la trata de seres humanos, incluyendo el derecho de asilo, de manera que, al identificarse a una víctima, pueda acceder a la protección internacional. Esto podría garantizar la restauración y el respeto de los derechos que han sido sistemáticamente vulnerados.

VARIA

Nuevo hito en el caso *Prestige*: Nota sobre la sentencia de la *high court of justice (commercial court)* de 6 de octubre de 2023 en el litigio entre el *london steam-ship owners' mutual insurance association limited* y el reino de España

New milestone in the *Prestige* case: Note on the ruling of the High Court of Justice (commercial Court) of October 6, 2023 in the litigation between the London Steam-ship Owners' Mutual Insurance Association Limited and the Kingdom of Spain

MANUEL ALBA FERNÁNDEZ

Profesor Titular de Derecho Mercantil
Universidad Carlos III de Madrid

Recibido: 27.12.2023 / Aceptado: 22.01.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8440

Resumen: El accidente del buque *Prestige*, acaecido en aguas jurisdiccionales españolas hace ahora poco más de 20 años, ha dejado una larga estela de litigios, tanto judiciales como arbitrales. Una parte importante de las controversias generadas por el suceso se refiere a la compensación de los daños causados por la contaminación provocada por los hidrocarburos transportados a bordo del buque. En el episodio más reciente de estas secuelas litigiosas, la *High Court of Justice* de Inglaterra y Gales deniega el reconocimiento del auto de ejecución dictado por la Audiencia Provincial de A Coruña en 2019, que obliga al asegurador del propietario del buque (el London Club) a pagar daños por encima del límite previsto en la normativa marítima internacional. La sentencia inglesa fue emitida tras una cuestión prejudicial elevada por el juez nacional al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La *High Court* decide apartándose del criterio interpretativo del TJUE y rechazando su carácter vinculante, al enfocar el efecto de dicho pronunciamiento desde una perspectiva jurisdiccional, en lugar de como una cuestión de fondo.

Palabras clave: Resolución judicial, Reglamento Bruselas I bis, reconocimiento y ejecución, arbitraje, cuestión prejudicial, Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Abstract: The accident of the *Prestige*, which occurred in Spanish jurisdictional waters a little over 20 years ago, has left a long trail of litigation, both judicial and arbitral. An important part of the controversies generated by the event refers to the compensation of the damages resulting from the pollution caused by the oil carried onboard the ship. In the most recent episode of this litigious aftermath, the High Court of Justice of England and Wales refuses to recognize the enforcement order issued by the Provincial Court of A Coruña in 2019, which obliges the insurer of the shipowner (the London Club) to pay damages above the limit provided for in international maritime rules. The English judgment was issued following a preliminary ruling by the Court of Justice of the European Union. The High Court decided to depart from the interpretative criterion of the CJEU and rejected its binding nature, by approaching the effect of such ruling from a jurisdictional perspective, rather than as a matter of substance.

Keywords: Judgement, Brussels I bis Regulation, recognition and enforcement, arbitration, preliminary ruling, Court of Justice of the European Union.

Sumario: I. Antecedentes: la litigación derivada del caso Prestige. a. Las acciones entabladas por el reino de España a raíz del accidente del Prestige. b. Los procedimientos arbitrales iniciados por el London Club contra el Reino de España en Londres. II. La solicitud de reconocimiento y ejecución del Auto en el Reino Unido y la sentencia de la Commercial Court de octubre de 2023. a. La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de junio de 2022. b. Los pronunciamientos de la High Court en reacción la sentencia del TJUE. c. La decisión de la High Court sobre la apelación del London Club.

I. Antecedentes: la litigación derivada del caso Prestige.

1. El accidente del buque MT Prestige, en su origen y resultado, no es muy diferente de otros de los varios accidentes protagonizados por buques tanque que, por desgracia, se han ido produciendo a lo largo de las últimas 6 décadas en diversos puntos de los mares. Algunas de sus consecuencias, sin embargo, permiten incluir este accidente en el selecto grupo de los que, por sus catastróficos efectos y su impacto, han dejado en su estela largos años de litigación y reacciones de variada naturaleza y alcance.

2. Los daños que causó el vertido de crudo provocado por el accidente en la costa española (entre otras), y las indemnizaciones a las que ha dado lugar, por ejemplo, resultan elevados en comparación con otros accidentes previos de características similares. En la cuantificación que figura en el auto de ejecución emitida por la Audiencia Provincial de A Coruña (en adelante, el Auto)¹ se cifraron en un total de 2.495.429.706,04€, de los cuales 2.355.015.655,69€ (incluidos, además de los daños, intereses moratorios y procesales, costas y gastos de ejecución) corresponden al Estado español. El régimen específico que aborda la responsabilidad civil y la compensación por los daños causados por este tipo de accidentes contaminantes está constituido por el Convenio sobre Responsabilidad Civil e Indemnización de Daños debidos a Contaminación por Hidrocarburos de 1992 (el CLC)² y por el Convenio Internacional sobre la constitución de un Fondo Internacional de Indemnización de Daños debidos a Contaminación por Hidrocarburos de 1992 (el FONDO)³.

3. El CLC y el FONDO son convenios que nacieron y se alimentan de la experiencia (sin duda, como otras muchas normas, pero en este caso de manera particularmente acentuada). La prioridad a la que responden es la rápida compensación de las víctimas de los daños causados por la contaminación provocada por los hidrocarburos vertidos desde buques tanque, que normalmente tiene carácter accidental, pero causa daños concentrados en poblaciones costeras (además de en el patrimonio público) que pueden tener consecuencias severas a corto, medio y largo plazo si no se remedian en un tiempo suficientemente breve. Cuando el accidente cae en el ámbito de aplicación de estos instrumentos y los daños están incluidos entre los indemnizables en el régimen que formulan, la lógica en la que se basan sus normas combina elementos que podemos resumir en dos polos entre los cuales existe una relación de cierto contrapeso. Por un lado, buena parte de sus disposiciones tratan de facilitar las reclamaciones por parte de las víctimas mediante un régimen de responsabilidad objetiva atenuada para el sujeto responsable (el propietario del buque), la obligación de éste de disponer de un seguro obligatorio o una garantía equivalente que cubra su responsabilidad civil establecida en el CLC, la posibilidad de dirigir una reclamación directa contra el asegurador o proveedor de la garantía, la obligación de compensar para el Fondo de Compensación creado con este fin mediante el FONDO, y normas sobre competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de sentencias que, entre otras cosas, otorgan competencia exclusiva para conocer de las reclamaciones a los tribunales del lugar o los lugares donde se ha producido el daño⁴. El CLC, además, concentra la responsabilidad en el propietario y excluye la de una serie de

¹ Auto de la Audiencia Provincial de A Coruña núm. 1366/2019, de 1 de marzo de 2019 (Id. Cendoj 15030370012019200616).

² Instrumento de Adhesión de España en BOE núm. 225, de 20 de septiembre de 1995, pág. 20081.

³ Instrumento de Adhesión de España en BOE núm. 244, de 11 de octubre de 1997, pág. 29586; modificado por el Protocolo de 2003, Instrumento de Ratificación por España en BOE núm. 28 de 2 de febrero de 2005, pág. 3629.

⁴ Arts. I a IV, VII y IX CLC; Arts. 1 a 4 y 7 FONDO.

sujetos, aun cuando hayan podido estar involucrados en la causación del daño; sujetos que incluyen al capitán y al resto de los miembros de la dotación del buque. El segundo de los polos, que de alguna manera contrapesa la protección otorgada a las víctimas, es la limitación de la responsabilidad del propietario (y la obligación de su asegurador), así como de la compensación del Fondo, a una cantidad máxima (en el caso del propietario, calculada en función del tamaño del buque medido en toneladas de registro bruto y hasta un tope)⁵. La limitación de la indemnización que puede ser reclamada al propietario está condicionada a la constitución de un fondo por la cantidad equivalente al límite en uno de los tribunales competentes, y queda excluida cuando el propietario haya causado el daño intencionadamente o con su actuación temeraria y a sabiendas (con conciencia) de que el daño probablemente se produciría (umbral este último que de forma recurrente se resume en la noción de dolo eventual en nuestro Derecho). Igualmente, la exclusión de la responsabilidad que el CLC dispone para algunos sujetos vinculados con la navegación, operación o explotación del buque (incluido el capitán) no aplica cuando sus actos encajen en la conducta recién descrita⁶.

4. Cuando tiene lugar un episodio contaminante como los abordados en el CLC y el FONDO no es infrecuente que la compensación que puede ser reclamada quede por debajo de los daños causados o reclamados, como sucedió en el caso del Prestige. Otros daños en su caso sufridos son en ocasiones cubiertos a través de ayudas públicas de las administraciones del Estado donde se producen. Los Estados o las administraciones que adelanten cantidades a las víctimas a través de este tipo de ayudas normalmente se subrogarán en sus derechos para reclamar bajo el CLC o el FONDO (además de por las cantidades correspondientes a los daños que hayan podido sufrir, incluidos los derivados de las medidas adoptadas para prevenir o mitigar la contaminación o para restaurar el medio deteriorado), tal como sucedió con el Estado español en este caso.

5. La limitación de la responsabilidad por daños es una regla que puede incluirse entre los principios más arraigados y característicos del Derecho de la navegación marítima, y, sin embargo, se trata de una regla que llama la atención y genera cierta animadversión cada vez que se produce un accidente con la repercusión pública (además de la material) que han tenido el del Prestige y otros. Sin perjuicio de las mejoras de las que puede ser objeto el régimen desde este punto de vista⁷, una valoración sensata del esquema que integran el CLC y el FONDO no puede ignorar el hecho de que en un mundo sin estos instrumentos las cantidades cobradas por las víctimas de este tipo de accidentes serían a buen seguro menores (y en algunos casos inexistentes). Aun con sus limitaciones, este esquema, basado también en la socialización de los daños indemnizables, ha probado ser eficaz en muchos de los accidentes que caen en su ámbito material de aplicación, y trata de ser mejorado, como decíamos, sobre la base de la experiencia.

6. La secuela de este suceso que nos interesa en este momento es la reflejada en la amplia y prolongada litigación que el accidente ha generado, y que ha desembocado en concreto en la sentencia referenciada en el título, pronunciada por la *High Court of Justice, Commercial Court*, de la *Queen's Bench Division* en octubre de 2023⁸ (sin perjuicio de otras que puedan esperarnos en el futuro). Pocos días antes de la finalización de esta nota se han cumplido 21 años desde el accidente; la serie de procedimientos y sentencias de diversa naturaleza y origen que deja tras de sí está igualmente cerca de cumplir dos décadas desde su inicio. El recorrido litigioso del Prestige deja un buen número de decisiones de

⁵ Art. V CLC; Art. 4 FONDO.

⁶ Art. III, par. 4 *in fine* CLC.

⁷ Véanse las que se han ido introduciendo en J.L. GABALDÓN GARCÍA, *Curso de Derecho Marítimo Internacional*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 790. En la actualidad, están en curso en el seno de la Organización Marítima Internacional trabajos para mejorar la revisión de los límites de responsabilidad previstos en el CLC. Tal como sucede con otras normas, la revisión de los límites o la compensación tiene en cuenta, entre otras cosas, el alcance de los daños que tienen lugar en los accidentes abordados en los convenios.

⁸ *The London Steam-Ship Owners' Mutual Insurance Association Limited v. The Kingdom of Spain (M/T Prestige)*, [2023] EWHC 2473 (Comm).

contenido desigual (algunas interesantes, otras no muy afortunadas), pero cuyo contenido ha acabado por trascender con mucho el estricto ámbito de las normas sobre responsabilidad civil patrimonial por los daños provocados por la contaminación marina.

a. Las acciones entabladas por el reino de España a raíz del accidente del Prestige.

7. Tras la contaminación provocada por el vertido del Prestige, España emprendió una serie de acciones, uno de cuyos objetivos era, lógicamente, obtener indemnización por los daños causados. Entre ellas, España emprendió una reclamación contra la sociedad de clasificación (*American Bureau of Shipping*) ante los tribunales de Nueva York en la que alegó la responsabilidad extracontractual de la demandada por negligencia grave en la clasificación del buque, pretensión que fue desestimada en varias instancias⁹. El litigio que en este momento más nos interesa de los iniciados por el Estado, con todo, es el que tuvo lugar antes nuestros tribunales a raíz de las acciones penales emprendidas contra el capitán del buque Prestige muy poco tiempo después del accidente. A raíz de la denuncia formulada contra el capitán del Prestige, la Audiencia Provincial de A Coruña emitió una primera sentencia (el 13 de noviembre de 2013)¹⁰ en la que este resultó absuelto el de los delitos contra el medioambiente de los que se le acusaba, pero fue condenado por un delito de desobediencia grave a la autoridad. Previamente a este pronunciamiento, el asegurador de la responsabilidad civil del propietario y armador del buque, el club de Protección e Indemnización *London Steam-ship Owners' Mutual Insurance Association Limited* (en adelante, el *London Club*) había constituido el fondo de limitación por la cantidad resultante del cálculo conforme al CLC sobre la base del tamaño del Prestige (22.777.986 €). Esta sentencia no incluyó pronunciamiento alguno sobre la responsabilidad civil derivada de delito por los daños resultantes de la contaminación. Tras el recurso interpuesto, entre otros, por el Estado, la sentencia de la Audiencia Provincial fue casada mediante sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 14 de enero de 2016¹¹, decisión que vino a reemplazar parcialmente a la de la Audiencia, para, sobre la base de los hechos probados en la sentencia de 2013, condenar al capitán del buque como autor de un delito imprudente contra el medioambiente, en su forma agravada de producción de un riesgo de deterioro irreversible o catastrófico y cometido por imprudencia grave. La sentencia impuso además la responsabilidad civil por los daños derivados del delito al capitán, al propietario del buque y al *London Club* (sin perjuicio de la compensación pagadera por el Fondo).

8. La parte que nos interesa de la sentencia del TS en este breve discurso es la relativa la responsabilidad civil derivada de delito. En este concreto punto, el TS, partiendo también de las normas sobre responsabilidad subsidiaria del Código Penal, aplicó (tal como procede, por razón de jerarquía normativa y especialidad) las normas del CLC. Los pronunciamientos del TS en la interpretación de las normas del Convenio y en la atribución de responsabilidades patrimoniales resultaron drásticos. Para sintetizar los razonamientos del TS, renunciando al detalle que seguramente merecen, podemos decir que la sentencia vino a considerar probado que el capitán había actuado, en la causación del accidente y de los daños, “temerariamente, a sabiendas de que probablemente su producirían” en los términos del CLC. Excluida por tanto la protección del CLC, el TS declaró al capitán responsable por todos los daños causados bajo las normas penales y civiles sobre responsabilidad patrimonial derivada de delito. La sentencia del TS declaró responsable igualmente al propietario del buque, formalmente partiendo del CLC, pero aplicando para ello también el Código penal. En su discurso, el TS consideró probado también que el propietario del buque había actuado en la causación del daño temerariamente y a sabiendas de que el mismo probablemente se produciría (conforme al CLC), y ello pesar de que aproximó dicha responsabilidad como subsidiaria de la del capitán bajo el Código Penal, dado que no se había producido denuncia

⁹ *Reino de España v. American Bureau of Shipping Inc.* (S.D.N.Y. 2008), 528 F. Supp. 2d 455; *Reino de España v. American Bureau of Shipping Inc.* (S.D.N.Y. 2010), 729 F. Supp. 2d 635; *Reino de España v. American Bureau of Shipping Inc.* (S.D.N.Y. 2012), 691 F. 3d 46.

¹⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña núm. 2641/2013, de 13 de noviembre de 2013 (Id. Cendoj 15030370012 013100477).

¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª) núm. 11/2016, de 14 de enero de 2016 (Id. Cendoj 28079120012016100001).

ni imputación alguna de responsabilidad criminal del propietario del buque a lo largo del proceso. Para terminar, en el punto seguramente más llamativo, y sin perjuicio de la obligación de compensar del Fondo que también declara¹², en la aplicación combinada del CLC y el Código Penal que realiza en esta sentencia, el TS condenó al *London Club* al pago de los daños hasta el límite, no del CLC (a pesar de que en este punto no contempla excepciones al límite cuantitativo frente a los damnificados basadas en la conducta del asegurado), sino de la suma asegurada conforme constaba en la póliza suscrita con el propietario (1.000.000.000 \$ de los Estados Unidos).

9. La sentencia del TS supremo procuró a las víctimas el derecho a recibir indemnizaciones, como puede verse, muy superiores a las previstas en el régimen del CLC con carácter general. Los fundamentos jurídicos de esta sentencia, en lo que respecta a la responsabilidad patrimonial que atribuye a los sujetos previamente indicados, plantean sin embargo numerosas y serias dudas en las que no vamos a profundizar por ser otro el objeto de esta nota¹³.

b. Los procedimientos arbitrales iniciados por el *London Club* contra el Reino de España en Londres

10. En la segunda de las derivas litigiosas con relevancia en el objetivo que nos ocupa, el *London Club*, a buen seguro, junto con el Fondo, la única fuente solvente para hacer frente a cualquier indemnización desde el mismo accidente, inició en un momento dado un arbitraje contra el España (además de contra Francia); procedimiento arbitral que desde sus mismos inicios tuvo una finalidad que podemos describir como defensiva ante una (entonces) hipotética sentencia española que resultase en una condena del Club por encima de los límites del CLC. Tras este procedimiento fue emitido un laudo (en adelante el Laudo), parte de cuyo contenido aparece reflejado en dos sentencias que posteriormente fueron pronunciadas a raíz de la ejecución iniciada por el Club (conforme a la sec. 66 de la *English Arbitration Act* de 1996) ante la *High Court of Justice, Commercial Court*, de la *Queen's Bench Division*¹⁴ y del recurso interpuesto por España (junto a Francia) ante el Tribunal de Apelación, contra la decisión emitida por la Corte admitiendo la ejecución del laudo¹⁵ (en adelante, las sentencias de ejecución del Laudo).

11. Finalizado un procedimiento en el que España no participó, el Laudo, atendiendo todas las pretensiones del *London Club*, vino a decidir, con efecto declarativo, en primer lugar que el Club no era responsable frente a España por ninguna cantidad por encima del límite calculado conforme al CLC (hasta el cual el Club no negó su responsabilidad), en segundo término, que, de haber sido responsable, su responsabilidad no podía superar el límite de la cobertura de la póliza, y, finalmente, que, también de ser responsable, España estaba vinculada por la cláusula “*pay to be paid*”, que supondría la inexistencia de la obligación del Club de indemnizar en tanto el asegurado (el propietario del *Prestige*) no pague la correspondiente indemnización (cerrando la puerta a cualquier acción directa de la víctima contra el asegurador, no reconocida en el Derecho inglés, el aplicado por el árbitro único).

12. Las sentencias dictadas bajo la Sec. 66 EAA reproducen el contenido del laudo¹⁶, y establecen que España (debe entenderse que en lo que respecta a la posible responsabilidad del Club por encima de los límites del CLC) había quedado vinculada por el convenio arbitral desde el momento en

¹² Hasta la cantidad determinada conforme al Fondo (135.000.000 de derechos especiales de giro del Fondo Monetario Internacional).

¹³ Para un comentario con algo más de detalle puede verse J.L. GABALDÓN GARCÍA y M. ALBA FERNÁNDEZ, “El dudoso final del largo y tortuoso camino recorrido por el Reino de España y otros damnificados en busca del resarcimiento de los daños causados por el accidente del Prestige”, *Droit Maritime Français*, 2016, núm. 779, pp. 338-351.

¹⁴ *The London Steam-Ship Owners' Mutual Insurance Association Ltd v. (1) The Kingdom of Spain (2) The French State*, [2013] EWHC 3188 (Comm).

¹⁵ *The London Steam-Ship Owners' Mutual Insurance Association Ltd v. (1) The Kingdom of Spain (2) The French State*, [2015] EWCA Civ 333.

¹⁶ En los términos contemplados en el par. 2 de la Sec. 66 EAA [“(w)here leave is so given, judgment may be entered in terms of the award”].

que entabló una acción directa contra el Club ante los tribunales españoles (en una decisión parcial pero significativamente basada en una interpretación del Derecho español que resulta, cuando menos, discutible); acto con el cual, además, España renunció a su inmunidad en el procedimiento arbitral bajo la ley inglesa¹⁷. Como puede verse, mediante el Laudo declarativo en sentido negativo, así como las sentencias pronunciadas tras la ejecución del Laudo, el London Club mantuvo su responsabilidad en la jurisdicción inglesa limitada a la cantidad prevista en el CLC desde la firmeza de la sentencia dictada en apelación.

II. La solicitud de reconocimiento y ejecución del Auto en el Reino Unido y la sentencia de la *Commercial Court* de octubre de 2023

13. En el estado de cosas descrito, y una vez emitido, España solicitó el reconocimiento y ejecución del Auto dictado por la Audiencia Provincial de A Coruña tras la sentencia del Tribunal Supremo, siguiendo para ello el procedimiento de registro previo entonces contemplado en el Derecho procesal inglés y en el Art. 38 par. 2 del (entonces en vigor) Reglamento 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en adelante, Reglamento 44). El registro fue autorizado mediante orden al efecto, y dicha orden fue recurrida en apelación por el *London Club* ante la *Commercial Court* de la *High Court of Justice*, conforme a lo previsto también en la normativa procesal inglesa, así como en el Art. 43 y el anexo III del Reglamento 44. La apelación del Club fue resuelta por la *High Court* mediante la sentencia de octubre de 2023 objeto de esta nota.

14. El recurso de apelación del Club incluía varios fundamentos, de los cuales nos interesan particularmente dos¹⁸:

- Que, conforme al Art. 34, par. 3 del Reglamento 44¹⁹, el auto de la Audiencia Provincial de A Coruña es inconciliable con las sentencias de ejecución del Laudo;
- Que, conforme al Art. 34, par. 1 del Reglamento 44²⁰, el reconocimiento del Auto es contrario a los principios de orden público inglés sobre los efectos de cosa juzgada del Laudo y de las sentencias de ejecución del mismo.

15. Las alegaciones de España en reacción a los dos indicados fundamentos fueron varias (y variadas), e incluían, en lo que más nos interesa²¹:

- Que las sentencias de ejecución del Laudo no podían considerarse como resoluciones en marco del Art. 34 del Reglamento 44, por no tratarse de decisiones en las que las cuestiones controvertidas fuesen decididas en su fondo por un tribunal de un Estado Miembro y bajo su autoridad²²;
- Que dichas sentencias no podían considerarse relevantes bajo el Art. 34, par. 3 del Reglamento 44, por caer fuera del ámbito de aplicación de esta norma bajo el Art. 1, par. 2.d)²³, que excluye el arbitraje;

¹⁷ [2013] EWHC 3188 (Comm), pars. 157, 158 y 180; [2015] EWCA Civ 333, pars. 46 a 51, donde el Tribunal de Apelación considera que España renunció a su inmunidad de Estado frente a la *High Court* al haberse personado en el procedimiento de ejecución del laudo con el objeto de negar la competencia del árbitro, entrando con ello en el fondo del asunto (véase nuevamente J.L. GABALDÓN GARCÍA y M. ALBA FERNÁNDEZ, *cit. supra* nota 13).

¹⁸ [2023] EWHC 2473 (Comm), 19-20.

¹⁹ Actualmente, Art. 45, par. 1.c) del Reglamento 1215/2012 del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición) (DOUE L 351/1, en adelante Reglamento Bruselas I bis).

²⁰ Actualmente, Art. 45, par. 1.a) del Reglamento Bruselas I bis.

²¹ [2023] EWHC 2473 (Comm), 48.

²² España apoyaba su argumento en este punto en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE), de 2 de junio de 1994, Solo Kleinmotoren GmbH c. Emilio Boch (asunto C-414/92).

²³ También Art. 1, par. 2.d del Reglamento Bruselas I bis.

- Que las sentencias, en cualquier caso, no podían excepcionar el reconocimiento y ejecución de la decisión española, por haber sido pronunciadas en infracción de las disposiciones de la Sección 3 del Capítulo II del Reglamento 44²⁴, sobre la competencia en materia de seguros, conforme a las cuales los tribunales españoles gozaban de competencia exclusiva sobre la controversia;
- Que el efecto de cosa juzgada de una decisión nacional no es una regla de orden público a los efectos de la aplicación del Reglamento 44, y que su posible efecto en el marco del reconocimiento de la sentencia española sólo puede ser determinado bajo el Art. 34, par. 3, y no conforme al par. 1 del mismo artículo.

16. Durante el procedimiento de apelación, el Reino de España solicitó que se elevase cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en relación con la interpretación de los artículos invocados por el Club para oponerse al reconocimiento y ejecución del auto. En la mecánica contradictoria del procedimiento, la definición de las preguntas se vio precedida por la consulta a las partes, y la redacción de las preguntas no fue del todo pacífica. En el resultado final, tras una calculada labor de depuración (a juzgar por el tenor de la sentencia comentada), la *High Court* redujo las cuestiones a tres:

- Si las sentencias dictadas en ejecución del Laudo (bajo la Sec. 66 EAA de 1996) podían considerarse resoluciones en el sentido y a los efectos de la aplicación del Art. 34, par. 3 del Reglamento 44;
- Dado que una sentencia dictada en ejecución y en los términos de un laudo arbitral, como las de ejecución del Laudo, está excluida del ámbito de aplicación del Reglamento conforme al Artículo 1, par. 2.d), si tal sentencia puede considerarse como una resolución relevante bajo el Art. 34, par. 3 para negar el reconocimiento de una sentencia procedente de un Estado Miembro, resultando esta norma por tanto de aplicación; y
- De ser negativa la respuesta a la pregunta previa, si puede invocarse la aplicación del Art. 34, par. 1 del Reglamento 44 para determinar si el reconocimiento y la ejecución de una sentencia de un Estado Miembro pueden ser denegados por contrarios al orden público nacional del Estado Miembro requerido, por atentar contra el efecto de cosa juzgada de un laudo arbitral previo o de una sentencia previa dictada por un tribunal de dicho Estado Miembro en los términos del laudo, o si, por el contrario, los pars. 3 y 4 del Art. 34 son los únicos que pueden aplicarse para decidir si el efecto de cosa juzgada de una decisión previa inconciliable puede impedir el reconocimiento y la ejecución de una sentencia de un Estado Miembro.

17. La Sentencia presta bastante atención, en este contexto y como es lógico, a los efectos del Brexit en relación con la jurisdicción del TJUE en las funciones establecidas en el Art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. El Acuerdo de Retirada firmado entre la Unión Europea y el Reino Unido²⁵ mantuvo con carácter general (y a salvo algunas excepciones) la aplicación de la legislación europea hasta el final del período transitorio entre enero y el 31 de diciembre de 2020 (Arts. 6, 126 y 127 del Acuerdo). El Art. 67 del Acuerdo mantuvo igualmente la aplicación de las disposiciones del Reglamento Bruselas I bis a los procedimientos iniciados antes del final del período transitorio, así como al reconocimiento y ejecución de las sentencias o resoluciones emitidas a resultas de tales procedimientos (pars. 1.a y 2.a). Sobre esta base, el Art. 86 estableció la jurisdicción del TJUE para pronunciarse sobre las cuestiones prejudiciales presentadas por los tribunales del Reino Unido antes del fin del período transitorio, aclarando el Art. 89 que las sentencias o autos dictados por el Tribunal en tal caso, aun tras el final del período transitorio, serán vinculantes para el Reino Unido. La cuestión prejudicial en este caso fue remitida al TJUE el 22 de diciembre de 2020; por consiguiente, antes del final del período transitorio²⁶.

²⁴ Arts. 8 a 14 Reglamento 44 (Arts. 10 a 16 Reglamento Bruselas 1 bis, que introducen alguna modificación).

²⁵ Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña a Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica de 24 de enero de 2020 (DOUE L 29/7).

²⁶ [2020] EWHC 3540 (Comm), 48, 54.

a. La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de junio de 2022

18. El TJUE dio respuesta a la cuestión prejudicial planteada por la *Commercial Court* mediante la sentencia *London Steam-Ship Owners' Mutual Insurance Association Limited v. Kingdom of Spain* el 20 de junio de 2022²⁷. Esta sentencia tuvo una gran repercusión, no sólo por los hechos que dieron lugar a las controversias de las que trae causa, sino también por las cuestiones abordadas y las respuestas que el TJUE, en particular a las dos primeras preguntas.

19. El TJUE señaló, en primer lugar, que la exclusión del arbitraje que incluye el Reglamento 44 en su Art. 1, par. 2.d alcanza con carácter general, no sólo a los laudos arbitrales y sus efectos, sino igualmente a los procedimientos judiciales y las sentencias pronunciadas por los tribunales de los Estados Miembros en dicha materia. Ello, entre otras cosas, priva a estas sentencias de la aplicación del régimen de libre circulación (reconocimiento y ejecución) previsto en la norma europea²⁸. Sin embargo, ello no impide que dichas sentencias deban ser consideradas como resoluciones, en la amplia definición del término que proporciona el Art. 32 de Reglamento²⁹, a los efectos de la aplicación de las causas de denegación previstas en el Art. 34, par. 3³⁰. Tras estas aclaraciones, en las que el Tribunal reitera la doctrina ya proporcionada en sentencias previas³¹, el TJUE vino sin embargo a matizar su respuesta definiendo una serie de conclusiones que una sentencia como las de este caso, dado su particular origen y marco normativo, ha de cumplir adicionalmente para poder ser considerada como una resolución relevante en este contexto.

20. Para ello, el TJUE comenzó indicando que la interpretación de la norma del Art. 34, par. 3 debe tomar en cuenta los objetivos del Reglamento (reflejados en los principios que inspiran la cooperación judicial en el seno de la Unión, los de libre circulación de resoluciones en materia civil y mercantil, de previsibilidad de los tribunales competentes y seguridad jurídica, así como la buena administración de justicia y la confianza recíproca³²) y la necesidad de preservarlos para no obstaculizar el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el Art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea³³. En el razonar del TJUE, el reconocimiento de efectos a una sentencia dictada en ejecución de un laudo arbitral o en sus mismos términos, para impedir el reconocimiento de una sentencia pronunciada en otro Estado Miembro bajo el Reglamento, sería contrario a tales principios y a dicha prioridad cuando el laudo o la sentencia no hubiese podido ser pronunciada por una autoridad o tribunal judicial

²⁷ Caso C-700/20 (en adelante también STJUE).

²⁸ Véanse pars. 46 a 48 STJUE, que a estos efectos citan igualmente el preámbulo del Reglamento Bruselas I bis (considerando 12). El Abogado General (Sr. Anthony Michael Collins) se había manifestado previamente en el mismo sentido en los pars. 41 a 49 de la opinión emitida en este asunto (Conclusiones del Abogado General Sr. Anthony Michael Collins, 5 de mayo de 2022, Asunto C-700/20, *The London Steam-Ship Owners' Mutual Insurance Association Limited c. Reino de España*). Véase igualmente sobre este punto A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Capítulo XXVIII. Libre circulación de decisiones judiciales y extrajudiciales en el ámbito patrimonial. El Reglamento Bruselas I-bis", en Alfonso L. Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tirant lo Blanch, Valencia 2022, T. II, p. 4066.

²⁹ Ahora en el Art. 2, par. a del Reglamento Bruselas I bis. En este punto, además, el TJUE expresamente confirmó la idea de que el mecanismo previsto en la Sec. 66 EAA no se agota en un procedimiento formal para el refrendo del laudo, sino que, sobre la base de la contradicción, resuelve cuestiones materiales planteadas por las partes que exigen al tribunal una valoración de la oportunidad y fundamento de sus alegaciones (par. 49 de la sentencia del TJUE; pars. 54 y 55 de las Conclusiones del Abogado General, *cit. supra* nota 28).

³⁰ Pars. 48 a 53 STJUE. Interpretación igualmente propuesta por el Abogado General en sus Conclusiones (*cit. supra* nota 28, pars. 52 y 70). El Abogado General, con todo, no matizó o condicionó su respuesta en medida alguna o, en concreto, en la forma en que el TJUE acabó haciéndolo, tal como trata de sintetizarse en las líneas que siguen (véanse en relación con esto igualmente pars. 54 a 57, 62 y 66 a 68 de las Conclusiones).

³¹ Horst Ludwig Martin Hoffmann c. Adelheid Krieg, 4 de febrero de 1988 (asunto 145/86); pars. 14-18. Véase M. GÓMEZ JENE, "Prestige y Arbitraje europeo: a propósito de la sentencia *London Steam-Ship* del TJUE (asunto C-700/20)", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2022, Vol. 14, núm. 2, p. 6.

³² Principio este último, con todo, del que la sentencia (siguiendo la letra del Reglamento) excluye los laudos arbitrales y las resoluciones judiciales dictadas en los términos de un laudo.

³³ Pars. 53 a 58 STJUE.

sin infringir las normas fundamentales del Reglamento sobre el efecto relativo a de un convenio arbitral y sobre litispendencia³⁴.

21. El TJUE aclaró que el primero de dichos principios, el relativo al efecto relativo de un convenio arbitral inserto en un contrato de seguro, quedaría infringido en tal caso, pues del Reglamento y de la jurisprudencia del propio Tribunal que lo aplica se desprende que un acuerdo atributivo de competencia entre el tomador y el asegurador en un contrato de seguro de responsabilidad civil (con independencia de su posible validez entre las partes) no puede vincular a un tercero perjudicado en modo que le prive de su derecho a entablar en el lugar de producción del daño una acción directa contra el asegurador, cuando el Derecho nacional aplicable lo permita³⁵.

22. Esta lógica basada en la equiparación del convenio arbitral, el procedimiento y la sentencia declarativa o dictada en los términos de un laudo con las cláusulas de elección de foro y los procedimientos y sentencias judiciales para la interpretación el Art. 34 par. 3 es la empleada igualmente para considerar la posible infracción de las normas sobre litispendencia. El TJUE continúa afirmando, en este sentido, que, tratándose de procedimientos con el mismo objeto e igual causa, bajo el Art. 27 del Reglamento 44³⁶, un tribunal ante el que se hubiese formulado la segunda demanda debería haber suspendido de oficio el procedimiento en tanto el tribunal ante el que se interpuso la primera no declinase su competencia. Sobre esta base, y para poder considerar las sentencias de ejecución del Laudo como resoluciones en el sentido del art. 38, par. 3 del Reglamento, el tribunal que las dictó debería haber comprobado la observancia de las disposiciones del Reglamento sobre litispendencia y los objetivos fundamentales de cooperación a los que responden³⁷.

23. La respuesta del TJUE, por tanto, a las dos primeras preguntas elevadas por la *High Court* fue contundente: “una sentencia dictada por un tribunal de un Estado miembro en los términos de un laudo arbitral no constituye una resolución, a los efectos de este precepto, cuando un tribunal de ese Estado miembro no habría podido dictar una resolución con un resultado equivalente al de dicho laudo sin contravenir las disposiciones y los objetivos fundamentales de este Reglamento, en particular el efecto relativo de la cláusula compromisoria insertada en un contrato de seguro y las normas de litispendencia que figuran en su artículo 27, de modo que tal sentencia no puede en ese caso impedir el reconocimiento en dicho Estado miembro de una resolución dictada por un tribunal de otro Estado miembro”.

24. Respecto de la tercera cuestión, además, el TJUE indicó que, cuando el Art. 34, par. 3, no resulte aplicable a una sentencia dictada en los términos de un laudo arbitral previo, el reconocimiento o la ejecución de una resolución dictada en otro Estado miembro no puede denegarse por infracción del orden público nacional con fundamento en el quebrando del efecto de cosa juzgada de la sentencia emitida en el Estado requerido³⁸.

³⁴ Par. 59 STJUE.

³⁵ Con este razonamiento el TJUE, al aproximar la validez y efecto del convenio arbitral frente al tercero perjudicado bajo los parámetros exigibles a una cláusula de elección de foro exclusiva, parece enfocarse en la necesidad de consentimiento en los términos del Reglamento y en los límites específicos previstos en las normas sobre competencia en el contrato de seguro, pero al mismo tiempo especifica que “un tribunal distinto del que ya conoce de la acción directa no debe declararse competente sobre la base de tal cláusula compromisoria, a fin de garantizar el objetivo perseguido por el Reglamento (...), proteger a los perjudicados por un daño frente al asegurador de que se trate” (*vid.* pars. 60 a 63).

³⁶ Art. 29 del Reglamento Bruselas I bis.

³⁷ Par. 69 STJUE.

³⁸ Par. 80 STJUE. Si bien sobre la base de una respuesta diferente a las dos primeras preguntas, esta fue la opinión igualmente propuesta por el Abogado General (pars. 77 y 78 de las Conclusiones, *cit. supra* nota 28) –véase comentarios sobre este y otros puntos de la sentencia en A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *cit. supra* nota 28, pp. 4085, 4104-6; M. GÓMEZ JENE, *cit. supra* nota 31, *passim*.

b. Los pronunciamientos de la *High Court* en reacción la sentencia del TJUE.

25. La reciente sentencia de la *High Court*, para resolver la apelación realizada por el *London Club* oponiéndose al reconocimiento y ejecución del Auto español, no oculta la perplejidad y el desagrado con el que el tribunal recibió buena parte del razonamiento de la sentencia del TJUE³⁹. Una parte importante de los argumentos empleados por España tras dicha sentencia se centraron, como era de esperar, en la autoridad de su contenido. Sin embargo, en el largo y cuidado texto de esta sentencia, que no puede evitar la complejidad generada por todos los procedimientos y sentencias que la preceden, el juez hace un esfuerzo titánico por diferenciar la parte de la sentencia del TJUE por la que se considera vinculado, y la parte que descarta como no vinculante (aún bajo la jurisdicción del TJUE durante el período transitorio en términos generales delimitada en el Acuerdo de Retirada), para estimar la apelación y negar el reconocimiento y la ejecución del Auto.

26. La *High Court* recuerda en varias ocasiones que, conforme a la distribución de competencias que define el Art. 267 TFUE en relación con la cuestión prejudicial, el tribunal nacional tiene la competencia exclusiva para determinar los hechos relevantes y para aplicar la ley (nacional o europea) a los hechos⁴⁰. En relación con esto, el texto destaca también que, a la vista de la doctrina del TJUE, cuando el tribunal remitente expresamente señala que no considera necesario elevar alguna cuestión de las identificadas por las partes, o de forma tácita renuncia a elevarla, el TJUE no puede responder a dicha pregunta o de otro modo tomarla en cuenta en la remisión de las cuestiones prejudiciales⁴¹. Sobre esta base, aunque el TJUE cuenta con autoridad para reformular las preguntas remitidas en la medida en que ello resulte necesario para darles respuesta, dicha autoridad (señala la *High Court*) no le permite expandir el contenido o alcance de las preguntas, ni adentrarse en la determinación de los hechos o la aplicación del Derecho a los mismos⁴². Todo este análisis es uno de los principales puntos de partida en una de las más importantes conclusiones en las que se basa la sentencia: cualquier pronunciamiento del TJUE realizado en infracción del reparto de competencias indicado no puede considerarse vinculante para el tribunal nacional remitente (u otros en un Estado Miembro)⁴³.

27. En la resolución del fondo de los puntos controvertidos, el juez no duda en aceptar que las sentencias de ejecución del Laudo son decisiones relevantes en el Estado requerido a los efectos de la

³⁹ En particular, el realizado en los pars. 54 a 73 de la sentencia del TJUE, que llega a calificar ([2023] EWHC 2473 (Comm), 206) de “inoportuno y ofensivo” (“*unwelcome and invidious*”), en reacción y expresión que, si se nos permite, resultan más propias de un mal político que de un juez o un magistrado. El juez toma las palabras (a modo de cita) empleadas, también para referirse a la sentencia, por uno de los laudos emitidos a resultas de otro de los procedimientos arbitrales iniciados por el Club contra el Reino de España (*vid. infra* nota 43).

⁴⁰ [2023] EWHC 2473 (Comm), 59 (que cita la opinión del Abogado General), 74.

⁴¹ [2023] EWHC 2473 (Comm), 59.

⁴² [2023] EWHC 2473 (Comm), 74.

⁴³ [2023] EWHC 2473 (Comm), 79 a 81. Antes del inicio del recurso de apelación, se inició y desarrolló un procedimiento arbitral paralelo a instancia también del *London Club*, en el que este demandó a España pidiendo al árbitro que declarase la obligación de ésta de someter todas sus controversias con el Club en relación con el accidente del Prestige a arbitraje (conforme al convenio que les vincula), que declarase igualmente la obligación de España de compensar daños contractuales por el incumplimiento de dicha obligación, que emitiese una orden antiproceso (*antisuit injunction*) contra España obligándole a cumplir con su obligación bajo el convenio arbitral o, alternativamente, la condenase a pagar daños en equidad, y que ordenase a España a retirar o desistir de todas las reclamaciones dirigidas contra el Club fuera del cauce arbitral. A resultas de este procedimiento, y tras el nombramiento del árbitro único al que España se opuso mediante apelación (que fue desestimada), fueron emitidos sendos laudos parciales ya a la vista de la STJUE, en los que el árbitro designado (en el relato que hace la *High Court* en la sentencia comentada) declaró a España en incumplimiento de sus obligaciones bajo el convenio arbitral que le vincula frente al Club, declaró el derecho del Club a la emisión de la *antisuit injunction* solicitada, pero, renunciando el árbitro a emitirla y en defecto de la misma, declarando en su lugar el derecho del Club a recibir compensación de daños, y, finalmente, declaró el derecho del Club a reclamar a España cualquier cantidad que esta pueda cobrar en ejecución de las decisiones españolas. Entre otras cosas, en este procedimiento se debatió, y el árbitro también decidió, sobre el posible carácter vinculante de la STJUE y su efecto sobre la jurisdicción del árbitro y sobre el fondo del asunto. El árbitro único desarrolló su opinión, concluyendo en esencia que buena parte de la STJUE no le vinculaba, con argumentos citados también por el juez en la sentencia de la *High Court* objeto de esta nota, para fundamentar su opinión a este respecto sustancialmente en la misma línea ([2023] EWHC 2473 (Comm), 21-23, 37 y ss.). En este escenario, España inició una acción para anular estos laudos que la *High Court* decide también en esta sentencia.

aplicación del Art. 34, par. 3 del Reglamento para denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia procedente de otro Estado Miembro. Ello con independencia y sin perjuicio de la exclusión del arbitraje; es decir, por deber considerarse resoluciones en la amplia definición del Reglamento, y por quedar incluidas en el ámbito material de aplicación del Art. 34, par. 3 a pesar de dicha exclusión. El juez clarifica además que esta habría sido su conclusión antes⁴⁴ o después de la sentencia del TJUE, que sí considera con autoridad en este aspecto⁴⁵.

28. Sentada esta premisa, es a partir de la misma, y sobre la base de las alegaciones realizadas por las partes antes y tras el planteamiento de la cuestión prejudicial, donde la sentencia comienza a mostrar discrepancias con una parte importante (la más importante, sin lugar a mucha duda) de la respuesta obtenida del TJUE.

29. En el camino a sus conclusiones (y en respuesta a las alegaciones de España previas a la cuestión prejudicial), el juez señala que el Reglamento, aun con sus definidos objetivos, no cercena cualquier actividad judicial que pueda crear o implicar un riesgo de que se emitan decisiones contradictorias con una sentencia procedente de otro Estado Miembro. Esta posibilidad es de hecho inherente a las limitaciones en el ámbito material de aplicación del Reglamento y las exclusiones que prevé (en particular, la del arbitraje), por lo que, señala, la emisión de las sentencias de ejecución del Laudo no puede considerarse contraria al principio de confianza recíproca en la justicia entre Estados Miembros⁴⁶.

30. La sentencia aborda igualmente el efecto de las sentencias de ejecución del Laudo a la luz de los preceptos del Reglamento sobre competencia en materia de seguro. Una de las alegaciones iniciales de España había sido, en efecto, que las sentencias de ejecución del Laudo, por efecto del Art. 35, no podían considerarse resoluciones inconciliables relevantes en los términos del Art. 34 par. 3 del Reglamento por ser contrarias al contenido de la Sección 3 del Capítulo II⁴⁷. A la vista de su paralelismo, el juez aborda esta cuestión en vinculación con la respuesta a la cuestión prejudicial proporcionada por el TJUE. En el discurso al que la sentencia recurre, el juez clarifica que su conclusión previa a la sentencia del Tribunal era que no hay base en el Reglamento para afirmar que, a la hora de decidir si una sentencia emitida en el Estado requerido puede excluir el reconocimiento y la ejecución de la procedente de otro Estado Miembro conforme al Art. 34, par. 3, es necesario o posible revisar si el tribunal que la emitió u otro tribunal de un Estado Miembro tenían competencia bajo los preceptos sobre seguro del Reglamento⁴⁸. Afirma la sentencia, igualmente en este contexto, que la exclusión del arbitraje en su totalidad (incluida la competencia de los tribunales en los litigios relativos al arbitraje o a las condiciones para la validez de un convenio arbitral) impide establecer contradicción alguna entre las sentencias de ejecución del Laudo y los preceptos sobre competencia en materia de seguro⁴⁹. A la hora de valorar el contenido de la sentencia del TJUE, y sobre la base de parte de las alegaciones del *London Club* (que en este punto incluían varios argumentos), la *High Court*, en lo que más nos interesa en este momento, y partiendo en cualquier caso del efecto de cosa juzgada de las sentencias de ejecución del Laudo⁵⁰, la conclusión

⁴⁴ [2023] EWHC 2473 (Comm), 119-120, 133, 139.

⁴⁵ [2023] EWHC 2473 (Comm), 121-125, 143.

⁴⁶ [2023] EWHC 2473 (Comm), 149, 151.

⁴⁷ [2023] EWHC 2473 (Comm), 153. El Art. 35 del Reglamento 44 (Art. 45, par. 1.e.i del Reglamento Bruselas I bis), especifica en realidad que “no se reconocerán las resoluciones si se hubiesen desconocido las disposiciones de las secciones 3, 4 y 6 del capítulo II (...)”.

⁴⁸ [2023] EWHC 2473 (Comm), 155-156.

⁴⁹ [2023] EWHC 2473 (Comm), 157, 160.

⁵⁰ Cuestión que también fue objeto de controversia (*vid.* [2023] EWHC 2473 (Comm), 181, 183, 187, 190-191, 195-196, 200, 203). En este punto, la conclusión de la *High Court*, tras un extenso razonamiento, es que no puede negarse el efecto de cosa juzgada de las sentencias de ejecución del Laudo, ni por razón de su hipotética incompatibilidad con las normas sobre litispendencia (Art. 27 del Reglamento 44) o sobre la acción directa contra el asegurador (Art. 11 del Reglamento 44; Art. 13 Reglamento Bruselas I bis), como tampoco por razón de lo decidido por el TJUE en los pars. 54 a 73 tras la cuestión prejudicial, en particular, y en lo que a esto último respecta, porque el *dictum* de dichos párrafos no puede llegar a obligar al juez o al tribunal de un Estado requerido a variar la interpretación o la aplicación de las normas nacionales sobre cosa juzgada por carecer el TJUE de jurisdicción para ello (véase sobre esta última cuestión A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Capítulo

más esencial del juez es que toda la parte de la sentencia que, bajo el test de equiparación, identifica las condiciones para que una sentencia dictada en los términos de un laudo arbitral (como las dictadas en ejecución del Laudo al amparo de la Sec. 66 EAA) pueda impedir el reconocimiento y la ejecución de una sentencia procedente de otro Estado Miembro (los pars. 54 a 73), carecen de autoridad o efecto vinculante para el tribunal inglés, por exceder en su contenido del objeto de las preguntas planteadas o por pretender aplicar el Derecho a los hechos⁵¹.

31. En la síntesis que realiza, la *High Court* señala que el procedimiento que rige la cuestión prejudicial está basado en el diálogo entre el juez nacional y el Tribunal, y trata de funcionar como un instrumento de cooperación entre ambos. Sin perjuicio de ello, su mecánica parte de una división de responsabilidades en la que corresponde al juez nacional definir el objeto de las preguntas que desea remitir al Tribunal, y formularlas en los términos de forma y contenido que decida, sobre la interpretación del Derecho de la Unión que considere de aplicación necesaria para la resolución del caso sobre el que debe pronunciarse. En el ejercicio de su competencia para responder y de su función de asistencia al juez nacional, el TJUE puede reformular las preguntas recibidas, así como referirse a disposiciones del Derecho de la Unión diferentes de las incluidas en su tenor cuando ello resulte necesario. Tales principios, con todo, no permiten al Tribunal abordar o responder preguntas que resulten en sustancia diferentes a las remitidas por el juez nacional. La *High Court* señala también que, en la distribución (o división) de competencias entre el TJUE y el juez nacional, corresponde únicamente a este último determinar los hechos relevantes del caso a decidir y aplicar el Derecho a los hechos⁵².

32. La conclusión de básica de la *High Court* es que, si el TJUE formula una respuesta a preguntas no remitidas o más allá de las realizadas por el tribunal nacional, o incurre en la aplicación del Derecho a los hechos, el juez nacional no está obligado a seguir tales “pretendidas respuestas”; ni bajo el Art. 267 TFUE, ni en aplicación, por tanto, de los Arts. 86 y 89 del Acuerdo de Retirada. En la interpretación que realiza de la sentencia del TJUE, la *High Court* manifiesta que el Tribunal de Justicia respondió a preguntas que no habían sido remitidas, y que el juez conscientemente había renunciado a formular; exceso en el cual, además, se inmiscuyó en los hechos del caso (“*trespassed on the facts of the case*”)⁵³.

33. El texto de la sentencia revela que en el procedimiento de ejecución del Laudo y su “conversión” en sentencia bajo la Sec. 66 EAA, así como en la posterior apelación, la posible contravención de las normas del Reglamento 44 sobre acción directa contra el asegurador y sobre litispendencia fueron parte del debate, por razón de los argumentos empleados por España para que el juez declinase su competencia en dicha sede (cosa que, como vemos, no sucedió⁵⁴). Dicha cuestión fue igualmente incluida por España en fase de audiencia con carácter previo a la elevación de la cuestión prejudicial, como parte de las preguntas cuya remisión solicitó. En ese momento el juez, indica la sentencia, limitó las preguntas sobre el Art. 34 par. 3 a las cuestiones relativas a inclusión de las sentencias declarativas del Laudo en la

XVIII. Competencia judicial internacional y Derecho de los negocios internacionales. El Reglamento 1215/2012 «Bruselas I-bis» de 12 de diciembre de 2012”, en Alfonso L. Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tirant lo Blanch, Valencia 2022, T. II, pp. 2584-5).

⁵¹ [2023] EWHC 2473 (Comm), 208.

⁵² [2023] EWHC 2473 (Comm), 208. En recapitulación también tomada de uno de los laudos atacados por España, el juez cita varias sentencias del TJUE sobre esta cuestión [entre otras, M.A.S. c. M.B., de 5 de diciembre de 2017 (asunto C-41/17), *Trasporti Castelletti SpA c. Hugo Trumpy SpA*, 16 de marzo de 1999 (asunto C-159/97), *Worten - Equipamentos para o Lar SA c. Autoridade para as Condições de Trabalho (ACT)*, 30 de mayo de 2013 (asunto C-342/12), *Phytheron International SA c. Jean Bourdon SA*, 20 de marzo de 1997 (Case C-352/95)].

⁵³ [2023] EWHC 2473 (Comm), 209-211, 214.

⁵⁴ [2023] EWHC 2473 (Comm), 173-177. El juez en dicha ocasión sentenció que la supuesta o potencial inconsistencia entre una sentencia dictada en ejecución del Laudo bajo la Sec. 66 EAA y los Arts. 11 o 27 del Reglamento 44 no era razón para no ejercer su competencia bajo la EAA porque el Reglamento excluye el arbitraje (lo que supone que el Reglamento no se aplica para determinar la competencia judicial internacional de los tribunales de un Estado Miembro para conocer de una acción de ejecución de un laudo -véase A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *cit. supra* nota 50, p. 2736). La primera sentencia dictada en ejecución del Laudo afirmó que el Reglamento asume la posibilidad de que se produzcan inconsistencias con esta exclusión, la cual, por sí sola, no “subvierte” el Reglamento (*vid.* [2013] EWHC 3188 (Comm), 190-193).

noción de resolución de dicha norma, así como al posible alcance de la exclusión del arbitraje del ámbito del Reglamento a esos efectos, renunciando con ello (cuando menos tácitamente) a realizar cualquier pregunta sobre litispendencia o sobre competencia en materia de seguros (como las planteadas por España), o cualquier pregunta sobre si había otras razones por las que el Art. 34, par. 3 no resultaría aplicable, incluida la cuestión de si dicho artículo no podía aplicarse porque las sentencias de ejecución del Laudo habían sido dictadas en circunstancias en las que el tribunal inglés no podía decidir sobre un caso que era objeto también del procedimiento español. Preguntas cuya respuesta, en el parecer del juez, sí habría requerido al menos parte de la línea argumental seguida en su sentencia por el TJUE⁵⁵. Respondiendo a las alegaciones de España, además, el juez especificó que no podía aceptar los pars. 54 a 73 de la sentencia del TJUE como cualificaciones a la respuesta proporcionada a las dos primeras preguntas de las remitidas (tal como claramente sugiere su redacción), dado que la jurisdicción del Tribunal de Justicia no le permite responder a preguntas diferentes ni siquiera mediante matizaciones o cualificaciones a la respuesta de las planteadas⁵⁶.

34. En el punto relativo a la aplicación del Derecho a los hechos en la que incurre el TJUE, en el parecer de la *High Court*, la sentencia recrimina al Tribunal de Justicia, no sólo haber incurrido en el indicado exceso de jurisdicción, sino además haberlo hecho sobre la base de una incompleta comprensión de los hechos relativos al procedimiento de ejecución del Laudo, sin tener en cuenta en particular que el efecto de cosa juzgada de las sentencias de ejecución podría resultar relevante en el razonamiento desarrollado por el TJUE, por razón de las cuestiones que habían sido abordadas y resueltas en el procedimiento previamente a la cuestión prejudicial⁵⁷.

c. La decisión de la High Court sobre la apelación del London Club.

35. La *High Court* decide el caso conforme a las respuestas del TJUE que considera vinculantes, en los términos ya descritos; es decir, en consonancia con parte de la respuesta que el Tribunal de Justicia da a las dos primeras preguntas y con la que proporciona para la tercera (sobre la interpretación del Art. 34, par. 1 del Reglamento 44). En su sentencia, por tanto y como adelantamos, declarándose no

⁵⁵ [2023] EWHC 2473 (Comm), 215-223, donde el juez aclara que no incluyó las indicadas cuestiones en la referencia dirigida al TJUE porque las mismas habrían implicado consideraciones sobre el efecto de cosa juzgada de las sentencias bajo Derecho inglés, así como sobre la posible relevancia del hecho de que España participase en los procedimientos que dieron lugar a las sentencias de ejecución del Laudo, sometándose a la jurisdicción del tribunal inglés.

⁵⁶ [2023] EWHC 2473 (Comm), 228-229. En su razonamiento, la *High Court* se apoya de manera recurrente en la opinión del Abogado General (Conclusiones, *cit. supra* nota 28), que propuso, como hemos visto, una respuesta favorable a la aplicación del Art. 34 par. 3 del Reglamento para las dos primeras preguntas planteadas, sin matizaciones. La *High Court*, en contemplación también de las preguntas que descartó a pesar de planteadas por España, indica que una respuesta congruente y limitada al contenido de las preguntas formuladas, tal como la propuesta por el Abogado General, habría dejado sin abordar cuestiones relativas a otras circunstancias que podrían afectar al tratamiento de las sentencias de ejecución del Laudo bajo el Art. 34 par. 3, las cuales habrían debido ser decididas, por tanto, en la resolución del caso y del resto de los puntos alegados por el *London Club* en la apelación (a su vez sujeta a otros posibles recursos), quizá previa remisión de otras cuestiones prejudiciales al TJUE. El hecho de que esta última opción quede descartada por efecto del Acuerdo de Retirada, señala el juez, “no es justificación para que el TJUE se salte el que habría sido el curso normal” (“*is not a justification for the CJEU short-circuiting what would have been the ordinary course*”).

⁵⁷ La sentencia se refiere concretamente al par. 71 de la del TJUE, que tiene el siguiente tenor:

“Incumbe al tribunal al que se ha solicitado que dicte una sentencia en los términos de un laudo arbitral comprobar la observancia de las disposiciones y de los objetivos fundamentales del Reglamento nº 44/2001 para prevenir una elusión de estos, como la consistente en llevar a término un procedimiento arbitral contraviniendo el efecto relativo de la cláusula compromisoria insertada en un contrato de seguro y las normas de litispendencia establecidas en el artículo 27 de este Reglamento. Pues bien, en el presente caso, de los autos que obran en poder del Tribunal de Justicia y de los debates en la vista resulta que no se efectuó tal comprobación ni ante la High Court of Justice (England & Wales), Queen’s Bench Division (Commercial Court) [Tribunal Superior de Justicia de Inglaterra y Gales, Sala de lo Mercantil y de lo Contencioso-Administrativo, Sección de lo Comercial] ni ante la Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) [Tribunal de Apelación (Inglaterra y Gales) (Salade lo Civil)], Tribunales que, además, no plantearon una remisión prejudicial al Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 267 TFUE.”

Véase el par. 72 que sigue, así como, en relación con esto, lo expuesto *supra* nota 54.

vinculado por varios de los puntos de dicha decisión, el juez aplica su propia interpretación del Reglamento 44 en discrepancia con una parte importante del criterio del Tribunal de Justicia.

36. En síntesis, y aceptando que las sentencias de ejecución del Laudo son resoluciones relevantes para la aplicación del Art. 34, par. 1 del Reglamento 44 al margen de la exclusión del arbitraje, la *High Court* señala que es, sin embargo, dicha exclusión la que no permite someter un convenio arbitral a los parámetros de validez y eficacia que el reglamento aplica a las cláusulas de jurisdicción. Las normas relativas a la competencia en materia de seguros, por consiguiente, no resultan aplicables en los procedimientos de ejecución de laudos como el contemplado en la Sec. 66 EAA⁵⁸. En esta sede, el juez no se refiere a las normas sobre litispendencia y su posible aplicación, pero con este argumento tácitamente descarta también su aplicabilidad en el procedimiento de ejecución del Laudo (tal como había sido decidido en el mismo), con efectos además de cosa juzgada que no permiten plantear de nuevo la cuestión en el procedimiento de apelación al registro y reconocimiento del Auto español.

37. Sobre la base de lo anterior, la *High Court* estima la apelación y deniega el reconocimiento del auto de ejecución español por resultar inconciliable⁵⁹ con las sentencias de ejecución del Laudo conforme al Art. 34, par. 3 del Reglamento.

38. Aunque la conclusión previa no lo hace estrictamente necesario, y por razones de congruencia, la *High Court* aborda adicionalmente la posible aplicación de Art. 34 par.1, la excepción de orden público, como motivo para denegar igualmente el reconocimiento del Auto español. Con esta finalidad, la sentencia aborda tres cuestiones: si el efecto de cosa juzgada de las sentencias judiciales o arbitrales es una norma de orden público bajo el Derecho inglés, si se trata de una norma que justifica la excepción al reconocimiento de una sentencia procedente de otro Estado Miembro en aplicación del Art. 34, par. 1, y si este artículo resulta de aplicación cuando el motivo de la denegación es precisamente el efecto de cosa juzgada de una sentencia previa inconciliable emitida en el Estado requerido, o si bajo el Reglamento, y por razón de especialidad, sólo puede invocarse en tal caso el par. 3 del mismo artículo, quedando descartada la aplicación del par. 1.

39. En lo que respecta al primero de los puntos, el juez concluye de manera asertiva que el efecto de cosa juzgada de sentencias y laudos arbitrales es un principio de orden público en el ordenamiento jurídico inglés⁶⁰. En lo que respecta a la segunda cuestión, además, la sentencia afirma también que el efecto de cosa juzgada constituye un principio que justifica la aplicación de la excepción prevista en el Art. 34, par. 1 al reconocimiento automático de sentencias procedentes de otro Estado Miembro, por tratarse de una norma jurídica esencial en el ordenamiento jurídico inglés y constituir un principio fundamental en su funcionamiento⁶¹.

40. Finalmente, y en el tercero de los puntos, siguiendo el dictado de la respuesta proporcionada a la tercera pregunta por el TJUE (si bien especificando nuevamente que su postura habría sido la misma con y sin la cuestión prejudicial), la *High Court* señala que, en efecto, el Art. 34 par. 1 del reglamento no puede aplicarse cuando el motivo de denegación del reconocimiento de una sentencia procedente de un Estado Miembro se basa en el efecto de cosa juzgada de una sentencia previa en el Estado requerido

⁵⁸ [2023] EWHC 2473 (Comm), 237-239.

⁵⁹ Este es un punto que igualmente fue controvertido, a raíz de la alegación de España de que las sentencias de ejecución del Laudo y el Auto español no resultaban inconciliables ([2023] EWHC 2473 (Comm), 48, 87), punto en el cual la *High Court* no dudó en afirmar que sí lo son al resultar sus consecuencias en términos jurídicos mutuamente excluyentes (la inexistencia de una obligación de pago para el Club frente al Reino de España, por un lado, y la responsabilidad de éste hasta la cantidad establecida en la sentencia española, por otro –[2023] EWHC 2473 (Comm), 92-97, siguiendo en este punto también Hoffman c. Krieg, *cit. supra* nota 31)

⁶⁰ [2023] EWHC 2473 (Comm), 260, 264-265.

⁶¹ [2023] EWHC 2473 (Comm), pars. 267-268 [el juez se apoya en este punto en la sentencia del TJUE en *Diageo Brands BV v Simiranda-04 EOOD*, 16 de julio de 2015 (C-681/13)].

con la que resulta inconciliable, pues dicha cuestión solo puede someterse al par. 3 de este artículo⁶². Con todo, dado que la sentencia del TJUE sólo se refiere a resoluciones judiciales en su respuesta⁶³, la *High Court* concluye en este punto que el Reglamento permite denegar el reconocimiento del Auto español porque el mismo resulta incompatible con el efecto de cosa juzgada del Laudo, con la consiguiente infracción del orden público inglés. Recuerda nuevamente en su razonamiento el juez que los laudos arbitrales, por efecto de la exclusión del arbitraje, no quedan comprendidos en el ámbito de aplicación del Art. 34, par. 3 del Reglamento, por lo que, no dándose la aplicación por razón de especialidad de esta norma frente al par. 1, su inoperatividad no impide recurrir a este último para fundamentar la denegación⁶⁴.

⁶² [2023] EWHC 2473 (Comm), 276-277, 279-282.

⁶³ La opinión del Abogado General Collins abordaba en este contexto al unísono tanto sentencias como laudos arbitrales (Conclusiones, *cit. supra* nota 28, par. 78).

⁶⁴ [2023] EWHC 2473 (Comm), 284, 290-292.

Limiti della giurisdizione italiana rispetto ad azioni relative ad un disegno internazionale: Nota all'ordinanza n. 13504/2023 della Corte di Cassazione italiana

Limits of Italian jurisdiction in respect of actions concerning an internationally registered design: Note to ordinance no. 13504/2023 of the Italian Court of Cassation

CATERINA BENINI

Assegnista di ricerca

Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

Recibido: 14.12.2023 / Aceptado: 17.01.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8441

Riassunto: Con ordinanza n. 13504 del 2023, la Corte di Cassazione italiana si è pronunciata sulla sussistenza della giurisdizione italiana rispetto ad azioni di accertamento della nullità della porzione italiana di un disegno internazionale e della non violazione della porzione tedesca del medesimo. Il presente contributo analizza alcuni aspetti sollevati dal caso di specie, quale l'identificazione del luogo di registrazione di un disegno internazionalmente registrato ai sensi dell'art. 24, n. 4, del regolamento Bruxelles I *bis*, la rilevanza del principio di territorialità rispetto all'identificazione del luogo dell'evento dannoso di cui all'art. 7, n. 2, del regolamento Bruxelles I *bis* rispetto alla violazione di una porzione nazionale di un disegno internazionale, e l'impatto che l'assenza di legittimazione passiva di uno dei convenuti può avere sul foro speciale per pluralità di convenuti di cui all'art. 8, n. 1, del regolamento Bruxelles I *bis*.

Parole chiave: Disegno internazionale, competenza giurisdizionale, validità del disegno, violazione del disegno, convenuti fittizi e connessione attributiva.

Abstract: With order no. 13504 of 2023, the Italian Court of Cassation ruled on the limits of Italian jurisdiction over actions aimed at ascertaining the invalidity of the Italian portion of an internationally registered design and the non-infringement of the German portion thereof. This contribution analyses some of the issues raised by the present case, such as the identification of the place of registration of an internationally registered design under Article 24(4) of the Brussels I *bis* Regulation, the relevance of the principle of territoriality for the identification of the place of the harmful event under Art. 7(2) of the Brussels I *bis* Regulation in relation to the infringement of a national portion of an international design, and the impact that the lack of standing of a defendant which was not part of the dispute may have on the special forum for several defendants under Article 8(1) of the Brussels I *bis* Regulation.

Keywords: Internationally registered design, jurisdiction, validity of the design, violation of the design, fictitious respondents and jurisdiction over connected claims.

Sommario: I. I fatti del caso e la soluzione della Corte di Cassazione. II. Il disegno internazionale. III. Competenza giurisdizionale su azioni relative alla validità di un disegno internazionale. IV. Competenza giurisdizionale su azioni relative alla violazione di un disegno internazionale. V. Competenza giurisdizionale su azioni relative a porzioni diverse di un disegno internazionale avanzate nei confronti di più convenuti. VI. Conclusioni.

I. I fatti del caso e la soluzione della Corte di Cassazione

1. Nel 2021 Gessi S.p.A. (“Gessi”) citava in giudizio davanti al Tribunale di Milano Bulthaup GmbH & Co. KG (“Bulthaup GmbH”) e Bulthaup Italia s.r.l. (“Bulthaup Italia”) e al contempo intimava in giudizio Nobilia-Werke J. Stickling GmbH & Co. KG (“Nobilia-Werke”). Secondo l’attrice, all’origine della vertenza vi era stata una diffida con cui Bulthaup GmbH intimava a Nobilia-Werke di cessare di commercializzare in Germania il rubinetto Alila prodotto da Gessi in quanto copia del disegno internazionale del rubinetto B3 registrato da Bulthaup GmbH, a cui seguiva una seconda diffida con cui Bulthaup GmbH intimava a Nobilia-Werke e Gessi di bloccare le vendite del rubinetto Alila.

2. Ritenendo di non aver violato la privativa di Bulthaup GmbH e di essere stata lesa dalle diffide di quest’ultima, l’attrice formulava in citazione otto domande, così raggruppabili: (i) accertare e dichiarare la nullità della porzione italiana del disegno internazionale di Bulthaup GmbH (domanda n. 1); (ii) accertare e dichiarare che la sua produzione e commercializzazione del rubinetto Alila non violasse i diritti di proprietà industriale di Bulthaup GmbH e/o di Bulthaup Italia (domande n. 2, 3, 4, 5) e accertare e dichiarare che la vendita del rubinetto Alila da parte di Nobilia-Werke non violasse i diritti di proprietà industriale di Bulthaup GmbH e/o di Bulthaup Italia (domanda n. 8); (iii) accertare e dichiarare l’interferenza illecita di Bulthaup GmbH nei rapporti commerciali tra sé e Nobilia-Werke, con conseguente condanna al risarcimento dei danni (domande n. 6 e 7).

Bulthaup GmbH eccepiva il difetto di giurisdizione del giudice italiano rispetto a tutte le domande attoree, ad eccezione di quella relativa all’accertamento della nullità della porzione italiana del disegno internazionale. Gessi proponeva allora ricorso per regolamento di giurisdizione, chiedendo che venisse accertata la giurisdizione del giudice italiano su tutte le domande spiegate. Bulthaup GmbH e Bulthaup Italia resistevano con controricorso chiedendo di accertarsi il difetto di giurisdizione del giudice italiano con riferimento a tutte le domande, ad eccezione della prima. Nobilia-Werke non spiegava difese.

3. Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con l’ordinanza n. 13504/2023¹, hanno dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice italiano, eccezion fatta per la domanda di accertamento della nullità della porzione italiana del disegno internazionale, su cui hanno riconosciuto la giurisdizione italiana ai sensi dell’art. 24, n. 4, del regolamento Bruxelles I bis², come peraltro ammesso dai convenuti nel giudizio di merito e nel controricorso.

Sulle domande di accertamento negativo dell’intervenuta violazione dei diritti di Bulthaup GmbH per effetto delle condotte attoree e di Nobilia-Werke, la Corte ha escluso che potesse radicarsi la giurisdizione italiana ai sensi dell’art. 4 del regolamento Bruxelles I bis, essendo Bulthaup GmbH e Nobilia-Werke domiciliate in Germania.

Trattandosi di domande con cui l’attrice chiedeva di accertarsi la non intervenuta violazione della privativa di Bulthaup GmbH per effetto di condotte tenute dall’attrice (domande n. 2, 3, 4, 5) e da Nobilia-Werke (domanda n. 8), la Corte di Cassazione ha proceduto a verificare se l’art. 7, n. 2, del regolamento Bruxelles I bis potesse conferire giurisdizione al giudice italiano. Ricordando che il luogo dell’evento dannoso di cui al foro speciale in parola deve intendersi come riferito sia al luogo della lesione del bene giuridico protetto sia al luogo in cui è stata tenuta la condotta lesiva, la Corte di Cassazione, sulla falsariga di quanto deciso dalla Corte di Giustizia in *Wintersteiger* in materia di marchi³, ha ritenuto che l’asserita lesione della porzione tedesca del disegno internazionale dovesse situarsi in Germania, essendo il diritto in causa lì tutelato. Nessuna menzione viene fatta del luogo della condotta asseritamente lesiva, quasi ad indicare che la Corte lo ritenesse inidoneo a fondare la giurisdizione italiana.

¹ Cassazione civile sez. un., 17 maggio 2023, n. 13504, disponibile su *Dejure e One LEGALE*.

² Regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2012 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, *GUUE* L 351 del 20 dicembre 2012, p. 1 ss.

³ Corte di Giustizia 19 aprile 2012, *Wintersteiger*, C-523/10, ECLI:EU:C:2012:220, par. 27 ss.

Muovendo poi ad analizzare la sussistenza della giurisdizione italiana sulle domande di accertamento positivo dell'asserita interferenza illecita nel rapporto tra Gessi e Nobilia-Werke per effetto delle diffide inviate da Bulthaup GmbH (domande n. 6 e 7), la Corte ha ritenuto infondata la qualificazione data dall'attrice alla seconda comunicazione di Bulthaup GmbH, non trattandosi di una diffida, bensì di una lettera inviata dal legale di quest'ultima nell'ambito di trattative finalizzate a transigere la controversia. Limitandosi quindi ad analizzare se la prima (ed unica) diffida potesse radicare la giurisdizione del giudice italiano ai sensi dell'art. 7, n. 2, del regolamento Bruxelles I *bis*, la Corte di Cassazione ha dato risposta negativa, rilevando come sia il luogo della condotta asseritamente lesiva – ovvero l'invio della diffida da parte di Bulthaup GmbH a Nobilia-Werke – sia il luogo della lesione – ovvero l'interferenza nei rapporti contrattuali che è seguita all'intimazione di non commercializzare il rubinetto Alila in Germania – fossero da localizzarsi in Germania.

Infine, la Corte di Cassazione ha escluso che la giurisdizione italiana potesse radicarsi sulle domande diverse dalla prima ai sensi dell'art. 8, n. 1, del regolamento Bruxelles I *bis* per due ordini di motivi. Da un lato, richiamandosi alla decisione della Corte di Giustizia in *Roche Nederland*⁴, ha escluso che la giurisdizione del giudice italiano sull'invalidità della privativa italiana potesse giustificare l'attribuzione a quest'ultimo della competenza a pronunciarsi sulla non violazione della privativa tedesca, essendo le privative in questione autonome ed indipendenti, soggette a leggi nazionali diverse. Dall'altro lato, il fatto che l'attrice avesse convenuto in giudizio Bulthaup Italia oltre che Bulthaup GmbH non realizzava un'ipotesi di domande connesse svolte nei confronti di una pluralità di convenuti che gli permettesse di convenire in giudizio uno dei convenuti (Bulthaup GmbH) davanti al giudice del luogo del domicilio dell'altro convenuto (Bulthaup Italia). Non essendo Bulthaup Italia titolare della privativa tedesca di cui l'attrice chiedeva che si accertasse la non violazione, la Corte ha concluso che Bulthaup Italia fosse un convenuto soltanto fittizio, privo di interesse nella causa. La sua presenza in giudizio non permetteva dunque di radicare la giurisdizione del giudice italiano sulle domande diverse dalla prima, per le quali la Corte ha dichiarato il difetto di giurisdizione italiana.

4. Questa pronuncia, che ha già attirato l'attenzione della dottrina⁵, solleva diverse questioni di diritto internazionale privato che, per la novità dei temi che pongono, meritano di essere considerate. Nel presente contributo si procederà come segue. Dopo una succinta disamina dell'istituto del disegno internazionale (II), ci si soffermerà sulla competenza giurisdizionale rispetto alle azioni relative alla validità (III) e alla violazione (IV) di un disegno internazionale, per poi esaminare se tra azioni relative a diverse porzioni di un disegno internazionale svolte nei confronti di due convenuti (uno dei quali privo di legittimazione passiva) sussista un'ipotesi di connessione tra domande attributive di giurisdizione sulla domanda che altrimenti esulerebbe dalla competenza del giudice adito (V). Seguiranno osservazioni conclusive (VI). Rimane fuori dal perimetro della presente analisi la questione, anch'essa decisa con l'ordinanza qui commentata, della competenza giurisdizionale rispetto all'invio asseritamente ingiustificato di diffide finalizzate ad inibire la vendita di prodotti contraffatti⁶.

II. Il disegno internazionale

5. Per disegno internazionale, o più propriamente registrazione internazionale di un disegno, si fa riferimento a quanto dispone l'Atto di Ginevra del 1999 dell'Accordo dell'Aja concernente la regis-

⁴ Corte di Giustizia 13 luglio 2006, *Roche Nederland*, C-593/03, ECLI:EU:C:2006:458, par. 30 ss.

⁵ L. LUNDSTEDT, "Italian Supreme Court Rules on Jurisdiction on International Design Rights", *EAPIL Blog*, 2 agosto 2023, disponibile su < <https://eapil.org/blog/> >.

⁶ Si noti che, già nel 1980, il Tribunale regionale di Mannheim dovette affrontare la medesima questione, ovvero come localizzare ai sensi dell'art. 5, n. 3, della Convenzione di Bruxelles del 1968 l'evento dannoso nel caso di diffida ingiustificata asseritamente lesiva di un diritto di proprietà industriale. La soluzione data dal giudice tedesco fu quello di ritenere che il danno fosse avvenuto a Mannheim, città in cui aveva sede la società diffidata, visto che la stessa aveva lì dovuto sostenere i costi (anche legali) necessari per difendersi nella controversia extragiudiziaria: Landgericht Mannheim 30 maggio 1980, *Kabelendhüseln*, 702/80, *GRUR*, 1980, p. 935 ss.

trazione internazionale dei disegni e modelli industriali (“Atto del 1999”)⁷. Ai sensi di tale convenzione, la persona fisica o giuridica che ha la cittadinanza, la residenza abituale, il domicilio o lo stabilimento industriale sul territorio di una Parte contraente dell’Accordo dell’Aja o di uno Stato membro di un’organizzazione intergovernativa che è Parte contraente, ha diritto di chiedere che il suo disegno sia oggetto di registrazione internazionale⁸.

6. Per ottenere la registrazione internazionale del disegno, il titolare deve presentare domanda (direttamente o per il tramite dell’Ufficio nazionale della Parte contraente del depositante) all’Ufficio internazionale dell’Organizzazione mondiale per la proprietà intellettuale (“OMPI”)⁹. Con la domanda di registrazione internazionale il depositante fornisce le informazioni richieste dall’Atto del 1999, quale ad esempio l’indicazione delle Parti contraenti nelle quali chiede di ottenere la protezione del suo disegno (le c.d. Parti contraenti designate), e le ulteriori informazioni richieste dalla Parte contraente del depositante¹⁰. La registrazione internazionale del disegno avviene immediatamente dopo la ricezione della domanda¹¹, mentre la pubblicazione della registrazione nel Bollettino delle registrazioni internazionali¹² avviene sei mesi dopo la ricezione della domanda, salvo che il depositante non ne chieda la pubblicazione immediata o differita¹³.

7. L’Ufficio internazionale invia copia della pubblicazione della registrazione agli Uffici nazionali delle Parti contraenti designate e agli Uffici nazionali di altre Parti contraenti che abbiano notificato il loro interesse a riceverla¹⁴. Una volta ricevuta copia della pubblicazione, l’Ufficio di una Parte contraente designata può rifiutare che gli effetti della registrazione internazionale si producano in tutto o in parte sul proprio territorio se le condizioni previste dal proprio diritto nazionale per la concessione di protezione al disegno in questione non sono soddisfatte¹⁵. Contro il rifiuto della registrazione, il titolare dispone degli stessi mezzi di ricorsi previsti dal diritto nazionale della Parte contraente designata avverso il rifiuto opposto ad una registrazione nazionale¹⁶.

8. La registrazione internazionale di un disegno produce nelle Parti contraenti designate che non oppongano rifiuto gli stessi effetti di una domanda di protezione presentata secondo la legislazione interna di ciascuno Stato¹⁷. Spetta dunque al diritto nazionale degli Stati in cui la registrazione internazionale ha effetto determinare la portata e l’estensione delle prerogative ottenute dal titolare del disegno mediante concessione di privativa. La durata della protezione è di cinque anni, rinnovabile per ulteriori dieci anni¹⁸.

9. Si comprende dunque che la registrazione internazionale di un disegno non dà luogo ad un unico titolo valevole per le diverse Parti contraenti designate, ma, piuttosto, ad un fascio di titoli nazionali, ciascuno soggetto alla disciplina dello Stato nel quale la protezione viene concessa. Il vantaggio della registrazione internazionale non sta nella creazione di un’unica privativa valida in più Stati, ma nel mettere a disposizione dei soggetti interessati una procedura semplificata di registrazione grazie alla quale ottenere, mediante unica domanda, la protezione del proprio disegno nelle diverse Parti contraenti

⁷ Il testo ufficiale dell’Atto del 1999 è disponibile nelle sei lingue ufficiali delle Nazioni Unite su <<https://www.wipo.int/treaties/en/registration/hague/>>. L’Atto di Ginevra del 1999 è l’ultimo atto di revisione dell’Accordo dell’Aja per il deposito di disegni e modelli industriali del 6 novembre 1925, il quale ha dato vita al sistema dell’Aja di registrazione internazionale di disegni e modelli industriali. Per una disamina dettagliata della disciplina dell’Accordo dell’Aja e delle modifiche apportate dall’Atto del 1999, A. ILARDI, *Diritto internazionale della proprietà intellettuale*, Milano, Giuffrè, 2022, p. 25 ss.

⁸ Art. 3 Atto del 1999.

⁹ Art. 4 Atto del 1999.

¹⁰ Art. 5 Atto del 1999.

¹¹ Art. 10, par. 1, Atto del 1999.

¹² L’*International Designs Bulletin* è liberamente accessibile tramite questo sito: <<https://www.wipo.int/haguebulletin/>>.

¹³ Art. 11 Atto del 1999.

¹⁴ Art. 10, par. 3, lett. b), e par. 5, Atto del 1999.

¹⁵ Art. 12 Atto del 1999.

¹⁶ Art. 12, par. 3, lett. b), Atto del 1999.

¹⁷ Art. 14 Atto del 1999.

¹⁸ Art. 17 Atto del 1999.

designate che non oppongano rifiuto alla produzione di effetti della registrazione internazionale sul proprio territorio¹⁹.

10. In Italia è in base agli artt. 31 ss. del codice della proprietà industriale²⁰ che si valuta se un disegno può ottenere protezione (come visto, se le condizioni ivi previste non sono soddisfatte, l'Ufficio italiano di registrazione dei disegni può rifiutare che si producano in Italia gli effetti della registrazione internazionale). È in base a queste stesse disposizioni che va valutata la validità della porzione italiana di un disegno internazionale, nel caso in cui venga contestata *ex post* l'idoneità della registrazione internazionale a produrre effetti in Italia.

11. Se dunque spetta ai diritti statali definire quali beni possono essere oggetto di registrazione e quali sono i requisiti di registrazione, alla diversità delle discipline materiali si contrappone il fatto che la quasi totalità degli Stati limita l'efficacia della propria disciplina all'ambito del proprio territorio. Tale regola, meglio nota come principio di territorialità, implica che la protezione concessa ad un disegno registrato in un certo Stato vale solo entro i confini dello Stato in questione²¹. Questo vale anche se il disegno è oggetto di registrazione internazionale. Come visto, se non viene opposto rifiuto alla produzione di effetti della registrazione internazionale nelle Parti contraenti designate, la protezione di cui beneficia il disegno in ciascuno di tali Stati è determinata nel suo contenuto dal diritto nazionale dello Stato per cui vale ed è limitata spazialmente al territorio di questo Stato. Al di fuori dello Stato che ha concesso la protezione, il disegno non è oggetto di privativa ed è riproducibile senza infrangere diritti altrui²².

III. Competenza giurisdizionale su azioni relative alla validità di un disegno internazionale

12. Quando la validità di un disegno internazionale viene contestata, per identificare il giudice giurisdizionalmente competente è necessario capire a quale porzione del disegno internazionale si riferisce la contestazione. Come chiarito poc'anzi, quando il titolare di un disegno presenta domanda di registrazione internazionale, lo stesso chiede che il suo disegno venga protetto, mediante concessione di privativa, nelle diverse Parti contraenti dell'Accordo dell'Aja da lui designate. Affinché in ciascuno di tali Stati possa essere concessa la protezione, è necessario che il disegno rispetti le regole e i requisiti di registrazione previsti dalle rispettive leggi nazionali. Pertanto, se la validità della registrazione internazionale negli Stati designati è subordinata al rispetto della disciplina nazionale ivi vigente, l'invalidità della registrazione internazionale in un certo Stato – ovvero l'inidoneità della registrazione internazionale a produrre effetti in questo Stato – discende dal mancato rispetto dei requisiti di registrazione previsti dalla legge dello Stato in questione.

13. Identificata la specifica porzione del disegno internazionale la cui validità è oggetto di contestazione, al fine di identificare il giudice competente occorre rifarsi all'art. 24, n. 4, del Regolamento Bruxelles I *bis*, il quale dispone che in materia di registrazione o di validità di brevetti, marchi, disegni e modelli hanno competenza esclusiva le autorità giurisdizionali dello Stato membro nel cui territorio il deposito o la registrazione sono state richiesti, sono stati effettuati, o sono da considerarsi effettuati a norma di un atto normativo dell'Unione o di una convenzione internazionale.

¹⁹ In questi termini, A. FITTANTE, *Lezioni di diritto industriale. Marchi, disegni e modelli, contraffazione e Made in Italy*, Milano, Giuffrè, 2020, p. 188.

²⁰ D.l.gs. n. 30 del 10 febbraio 2005, da ultimo modificato con l. n. 141 del 22 settembre 2023, con cui è stato ratificato l'Atto del 1999. Per un'analisi della disciplina italiana dei disegni, vedasi A. FITTANTE, *Lezioni di diritto industriale* cit., p. 129 ss.

²¹ Per una trattazione delle implicazioni del principio di territorialità nella disciplina materiale del diritto di proprietà industriale, vedasi A. WEIGEL, *Gerichtsbarkeit, internationale Zuständigkeit und Territorialitäts-Prinzip im deutschen gewerblichen Rechtsschutz. Zur Abgrenzung der Begriffe*, Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 1973, p. 77 ss., e nella disciplina di diritto internazionale privato, D. MOURA VICENTE, "La propriété intellectuelle en droit international privé", *Recueil des Cours*, Vol. 335, 2008, pp. 124-125.

²² In questi termini, A. WEIGEL, *Gerichtsbarkeit, internationale Zuständigkeit und Territorialitäts-Prinzip* cit., pp. 93-95.

14. Per identificare il luogo di registrazione di un disegno internazionalmente registrato occorre rifarsi al luogo in cui la registrazione deve considerarsi effettuata ai sensi dell'Accordo dell'Aja del 1925 e successive modificazioni. Il riferimento che l'art. 24, n. 4, del Regolamento Bruxelles I *bis* (e prima di allora l'art. 22, n. 4, del Regolamento Bruxelles I e l'art. 16, n. 4, della Convenzione di Bruxelles) fa al luogo putativo di registrazione come determinato dalle convenzioni internazionali è stato inserito proprio per far fronte alla difficoltà di localizzare i meccanismi di registrazione internazionale²³. Come visto, la registrazione internazionale del disegno costituisce un articolato meccanismo tramite il quale, mediante domanda presentata all'Ufficio internazionale dell'OMPI, il titolare ottiene la protezione del suo disegno nelle Parti contraenti designate che non oppongano rifiuto. Visto che dalla registrazione internazionale deriva per il titolare un fascio di privative nazionali – e dunque l'obiettivo della registrazione internazionale non è di creare una privativa internazionale indipendente dalle privative nazionali, ma di concedere un fascio di privative nazionali valevoli sui territori degli Stati che la concedono – si è reso necessario chiarire che, rispetto a regimi di questo tipo, il luogo di registrazione rilevante ai fini giurisdizionali non è il luogo fisico in cui viene presentata domanda di registrazione internazionale (ovvero a Ginevra, dove è situato l'Ufficio internazionale), ma piuttosto il luogo in cui la registrazione deve considerarsi effettuata ai sensi del regime convenzionale²⁴.

15. Ai sensi del regime dell'Accordo dell'Aja, la registrazione di una porzione nazionale di un disegno internazionalmente registrato deve ritenersi effettuata nel territorio dello Stato che ha concesso la porzione (di protezione) della cui validità si discute. Questo perché, se la registrazione internazionale di un disegno produce negli Stati contraenti designati gli stessi effetti di una domanda di registrazione nazionale, è nel territorio di ciascuno di questi Stati che il titolare, a seguito della mancata opposizione alla produzione di effetti della registrazione internazionale, consegue dagli organi statali la protezione sul disegno registrato e il conseguente diritto esclusivo di utilizzo e di sfruttamento economico del disegno²⁵.

16. Ne discende che la registrazione internazionale di un disegno con efficacia in più Stati non è passibile di localizzazione unica, ma sarà da considerarsi effettuata in tanti paesi quanti sono gli Stati nei quali la registrazione internazionale produce effetti.

17. Pertanto, un disegno la cui registrazione internazionale produce effetti sia in Italia che in Germania deve considerarsi come registrato in Italia per la porzione italiana e in Germania per la porzione tedesca. Di conseguenza, se viene contestata la validità della porzione italiana, sussiste la competenza esclusiva del giudice italiano, come correttamente riconosciuto dalla Corte di Cassazione nell'ordinanza in commento.

IV. Competenza giurisdizione su azioni relative alla violazione di un disegno internazionale

18. Le azioni con cui si chiede di accertare la violazione della privativa concessa su un disegno (o su un'altra opera dell'ingegno industriale) non rientrano nell'ambito del foro esclusivo di cui all'art. 24, n. 4, del regolamento Bruxelles I *bis*²⁶. Tali doglianze non riguardano la validità del disegno o la

²³ Accanto alla registrazione internazionale di modelli e disegni vi è il meccanismo di registrazione internazionale dei marchi di fabbrica o di commercio di cui all'Accordo di Madrid del 1891 e successive modificazioni. Vedasi Relazione Jenard sulla Convenzione concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, GUCE C 59 del 5 marzo 1979, p. 36.

²⁴ Definisce questo luogo come una finzione P. MANKOWSKI, "Art. 24 Brüssel Ia-VO", in T. RAUSCHER (a cura di), *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EuZPR/EuIPR. Band I. Kommentar Brüssel Ia-VO*, 5ª ed., Köln, Ottoschmidt, 2021, a p. 654, visto che non vi è una registrazione vera e propria del disegno nello Stato designato, ma solo il ricevimento della notifica di avvenuta pubblicazione del disegno internazionale e la decisione nazionale di riconoscergli effetti.

²⁵ Così L. DE LIMA PINHEIRO, "Article 24. Exclusive jurisdictions", in U. MAGNUS, P. MANKOWSKI (a cura di), *Brussels Ibis Regulation Commentary*, 2ª ed., Köln, Ottoschmidt, 2023, p. 573.

²⁶ Vedasi, in giurisprudenza, Corte di Giustizia 15 novembre 1983, *Duijnste*, 288/82, ECLI:EU:C:1983:326, par. 22 ss.;

regolarità della sua registrazione, bensì la compatibilità di certe condotte altrui con il diritto del titolare della privativa di utilizzare il disegno in modo esclusivo e di vietarne a terzi l'impiego senza suo consenso. Tipico esempio di azioni con cui si lamenta la violazione della privativa sono le azioni di contraffazione, ovvero le azioni con cui si chiede che si accerti che un terzo ha prodotto, commercializzato, importato od esportato beni in cui è impiegato il disegno registrato senza che vi sia stato il previo consenso del titolare della privativa.

19. Se tali azioni riguardano disegni internazionalmente registrati, rispetto ai quali appare di *default* sussistere un elemento di internazionalità, la competenza giurisdizionale può radicarsi in base a diversi titoli di giurisdizione del regolamento Bruxelles I *bis*²⁷, tra cui, segnatamente, il foro speciale degli illeciti di cui all'art. 7, n. 2.

20. L'art. 7, n. 2, del regolamento Bruxelles I *bis* permette all'attore, in materia di illeciti civili dolosi o colposi, di citare in giudizio il convenuto davanti all'autorità giurisdizionale del luogo (situato in uno Stato membro diverso da quello del domicilio del convenuto) in cui l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire. Il foro speciale in questione può trovare applicazione anche quando vengano esperite azioni di accertamento negativo²⁸. Invero, non essendo il foro in parola sorretto da ragioni protettive nei confronti della vittima, ma piuttosto da ragioni di prevedibilità del giudice competente e di prossimità del giudice alla controversia, lo stesso può essere invocato anche dal presunto autore dell'illecito che intenda ottenere l'accertamento che la sua condotta non ha leso il bene giuridico del convenuto.

21. Se la proposizione di un'azione di accertamento negativo comporta l'inversione dei ruoli processuali normalmente rivestiti nei giudizi di responsabilità civile, tale per cui il presunto autore dell'illecito assume i panni dell'attore e la presunta vittima quelli del convenuto, a ciò non consegue alcuna modifica rispetto al criterio di collegamento del luogo dell'evento dannoso. Tanto che venga esperita azione di accertamento positivo quanto di accertamento negativo, il luogo dell'evento dannoso è da intendersi come riferito sia al luogo in cui si è verificata o si può verificare la lesione del bene giuridico protetto sia al luogo in cui è stata posta in essere la condotta asseritamente lesiva.

22. La persona interessata ad ottenere l'accertamento che la sua condotta non ha leso il bene giuridico del convenuto potrà rivolgersi, ai sensi dell'art. 7, n. 2, tanto al giudice del luogo in cui la lesione del bene giuridico del convenuto si è materializzata o può materializzarsi sia al giudice del luogo in cui ha posto in essere la condotta astrattamente lesiva.

23. Quando il bene giuridico di cui si discute è un bene immateriale, quale la privativa che il titolare di un'opera dell'ingegno industriale ottiene a seguito della registrazione, l'identificazione del luogo in cui tale bene giuridico è stato o può essere leso non può prescindere dalla considerazione che lo stesso esiste come tale, ed è quindi meritevole di tutela, solo nello Stato che ha concesso la privativa. Per effetto del principio di territorialità, la protezione data al titolare del disegno ha efficacia solo sul territorio dello Stato che l'ha concessa. Pertanto, il titolare della privativa è legittimato, nello Stato in cui l'ha ottenuta, ad utilizzare il disegno in modo esclusivo e ad impedire che terzi lo usino senza il suo consenso. Fuori da questo Stato, nessuna di queste prerogative gli compete, a meno che non abbia proceduto a registrare il disegno anche in altri Stati.

in dottrina, C. HEINZE, C. WARMUTH, "Intellectual property and the Brussels Ibis Regulation", in P. MANKOWSKI (a cura di), *Research Handbook on the Brussels Ibis Regulation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2020, p. 147 ss.; L. MARI, *Il diritto processuale civile della Convenzione di Bruxelles. Il sistema della competenza*, Padova, CEDAM, 1999, p. 553.

²⁷ Per una disamina dei titoli di giurisdizione del regolamento Bruxelles I *bis* rilevanti per le liti relative ai diritti di proprietà industriale, vedasi N. BOSCHIERO, B. UBERTAZZI, "Italy", in T. KONO (a cura di), *Intellectual Property and Private International Law: Comparative Perspectives*, Oxford, Bloomsbury Publishing, 2012, p. 712 ss.

²⁸ Corte di Giustizia 25 ottobre 2012, *Folien Fischer*, C-133/11, ECLI:EU:C:2012:664, par. 36 ss.

24. Se dunque il bene giuridico della privativa su un disegno esiste solo sul territorio dello Stato in cui la registrazione è avvenuta, è lapalissiano concludere che la lesione di questo bene è da situarsi sul territorio di questo Stato, ovvero lo Stato in cui il diritto in causa esiste ed è tutelato²⁹.

25. Più articolato è il discorso relativo all'identificazione del luogo in cui è stata posta in essere la condotta asseritamente lesiva della privativa. Anzitutto merita sottolineare che, affinché una certa azione od omissione possa assurgere a condotta lesiva capace di radicare la giurisdizione ai sensi del foro speciale degli illeciti, è necessario che la stessa abbia una certa idoneità causale, ovvero che sia astrattamente idonea a ledere il bene giuridico di cui si discute³⁰. Quando il giudice adito, in seno all'analisi sulla sussistenza della propria giurisdizione, verifica che la condotta prospettata dalla parte come lesiva presenta idoneità causale non sta anticipando il giudizio di merito, ma si sta accertando che questa condotta abbia una reale capacità lesiva del bene giuridico di cui si discute. Non si tratta quindi di derogare alla regola secondo cui la giurisdizione deve essere valutata in base a quanto prospettato dalle parti, ma di circoscrivere, tra le diverse condotte indicate dalle parti, quelle che siano astrattamente idonee a ledere il bene giuridico in questione³¹.

26. In secondo luogo, quando si tratta di localizzare una condotta astrattamente lesiva di una privativa, non si può trascurare il principio di territorialità. Se la privativa concessa da uno Stato ha efficacia spazialmente limitata ai confini dello stesso, ed è dunque solo sul territorio di questo Stato che il titolare del disegno beneficia di protezione, è giocoforza concludere che la privativa può essere lesa mediante azioni di contraffazione, di imitazione o altre condotte che siano state tenute sul territorio di questo Stato. Questo perché se un bene giuridico esiste ed è tutelato solo sul territorio di uno Stato, è solo sul territorio di questo Stato che possono essere poste in essere condotte lesive, visto che fuori dai confini di questo Stato le medesime condotte non si pongono in contrasto con un bene giuridico meritevole di tutela, e, dunque, non potranno che dirsi lecite³².

27. Da ciò consegue che la privativa ottenuta in un certo Stato a seguito di registrazione (nazionale o internazionale) di un'opera dell'ingegno industriale può essere lesa unicamente da azioni od omissioni compiute nello Stato che ha concesso la privativa³³. Non è immaginabile, infatti, che un'azione realizzata nello Stato X possa dirsi lesiva di una privativa concessa dallo Stato Y, stante che l'azione posta in essere nello Stato X è idonea a ledere un bene giuridico la cui efficacia e protezione è limitata al territorio dello stato Y.

28. Alla luce di tali considerazioni, risulta che tanto il luogo della lesione della privativa quanto il luogo della condotta astrattamente lesiva della privativa sono situati sul territorio dello Stato che ha concesso la protezione³⁴. Non si verifica, rispetto alla violazione di privative concesse su opere dell'ingegno

²⁹ Questa è la soluzione data dalla Corte di Giustizia nel caso *Wintersteiger* cit., par. 27. Si vedano altresì le conclusioni dell'Avv. gen. Pedro Cruz Villalón del 16 febbraio 2012 rese nella causa C-523/10, *Wintersteiger*, ECLI:EU:C:2012:90, par. 25. In dottrina, vedasi E.M. KIENINGER, "Internationale Zuständigkeit bei der Verletzung ausländischer Immaterialgüterrechte: Common Law auf dem Prüfstand des EuGVÜ Zugleich Anmerkung zu Pearce v. Ove Arup Partnership Ltd. And others (Chancery Division) und Coin Controls Ltd. V. Suzo International (UK) Ltd and others (Chancery Division)", *GRUR Int*, 1998, p. 282.

³⁰ Così P. MANKOWSKI, "Article 7", in U. MAGNUS, P. MANKOWSKI (a cura di), *Brussels Ibis Regulation Commentary*, 2ª edn., Köln, Ottoschmidt, 2023, p. 282: «[t]he alleged tortfeasor's actions or omissions must constitute a necessary precondition for the loss suffered by the victim».

³¹ In questi termini, l'Avv. gen. Pedro Cruz Villalón nelle sue conclusioni in *Wintersteiger* cit., par. 31.

³² Solo la condotta che è illecita nel luogo in cui è viene posta in essere può assurgere a condotta astrattamente lesiva ai sensi del foro speciale degli illeciti. Vedasi, R. GEIMER, *Internationales Zivilprozessrecht*, 7ª ed., Köln, Ottoschmidt, 2015, p. 559.

³³ R. GEIMER, *Internationales Zivilprozessrecht* cit., pp. 572-573; T. BETTINGER, D. THUM, "Territoriales Markenrecht im Global Village. Überlegungen zu internationaler Tatortzuständigkeit, Kollisionsrecht und materiellem Recht bei Kennzeichenkonflikten im Internet", *GRUR Int*, 1999, p. 664; K. OTTE, "Internationale Zuständigkeit und Territorialitätsprinzip – Wo liegen die Grenzen der Deliktzuständigkeit bei Verletzung eines europäischen Patents?", *IPRax*, 2001, p. 317; C. VON BAR, *Internationales Privatrecht. II Band*, München, Beck, 1991, p. 514 ss. *Contra* P. MANKOWSKI, "Article 7" cit., pp. 280-281.

³⁴ Sulla necessaria coincidenza tra i due luoghi, M. LEHMANN, M. STIEPER, "EUGH, 19.4.2012 – C-523/10 *Wintersteiger* v. Products 4U. Internationaler Gerichtsstand bei Markenverletzung durch Keyword-advertising", *JuristenZeitung*, 2012, p.

industriale, una dissociazione geografica tra i diversi elementi costitutivi dell'illecito civile, trovandosi azione e lesione sul territorio del medesimo Stato (quello che ha concesso la tutela)³⁵.

29. Applicando tali risultanze al caso di specie, si perviene alla medesima soluzione data dalla Corte di Cassazione con l'ordinanza in commento. Si rendono opportune tuttavia delle precisazioni. In prima battuta, sebbene l'attrice chiedesse con le proprie conclusioni di accertare che la propria condotta e quella di Nobilia-Werke non violassero i diritti di proprietà industriale di Bulthaup GmbH e/o di Bulthaup Italia, dagli elementi fattuali indicati in ordinanza e dal database globale di disegni curato dall'OMPI³⁶ risulta che il titolare del disegno sul rubinetto B3 è Bulthaup GmbH e non Bulthaup Italia.

30. In secondo luogo, la privativa a cui si riferiscono le azioni di accertamento negativo dell'attrice non può che essere quella tedesca. Stante che con la sua prima domanda l'attrice chiede che si accerti l'invalidità della porzione italiana del disegno internazionale, *a fortiori* con le domande di accertamento negativo l'attrice si riferisce alla privativa tedesca. Invero, se l'azione di accertamento negativo si fosse riferita alla porzione italiana del disegno internazionale, l'attrice avrebbe dovuto spiegarla subordinatamente al fatto che la domanda di accertamento dell'invalidità della porzione italiana avesse esito negativo. Questo perché solo se la domanda di accertamento dell'invalidità della porzione italiana venisse rigettata nel merito, con conseguente dichiarazione di validità della porzione italiana del disegno, l'attrice avrebbe interesse ad ottenere l'accertamento che le sue condotte non violino la porzione italiana del disegno internazionale. Così tuttavia non è stato, visto che l'attrice ha formulato tutte le sue domande in via principale. In aggiunta, diversi elementi del caso depongono nel senso che la porzione della cui lesione trattano le domande di accertamento negativo sia quella tedesca. Tra questi vi sono il fatto che le condotte che l'attrice chiede che vengano accertate come non lesive siano prevalentemente³⁷ localizzate in Germania (la commercializzazione da parte di Gessi di Alila in Germania e la vendita dello stesso rubinetto in Germania da parte di Nobilia-Werke), e il fatto che la diffida di Bulthaup GmbH volte ad inibire la violazione della sua privativa fosse diretta unicamente a Nobilia-Werke, società tedesca operante unicamente in Germania, e riguardasse la vendita in Germania del rubinetto Alila.

31. Se dunque le azioni di accertamento negativo riguardano la privativa tedesca di Bulthaup GmbH, per le ragioni indicate di sopra il luogo dell'evento dannoso di cui all'art. 7, n. 2, del regolamento Bruxelles I *bis* deve identificarsi in Germania, essendo ivi localizzabile sia la lesione del bene giuridico protetto (la privativa concessa dalle autorità tedesche) sia le condotte astrattamente idonee a lederlo.

32. Secondo chi ha precedentemente commentato questa sentenza, la produzione del rubinetto Alila in Italia dovrebbe rilevare come condotta astrattamente idonea a ledere la privativa tedesca, e, come tale, capace di radicare la giurisdizione italiana ai sensi dell'art. 7, n. 2, del regolamento Bruxelles I *bis*³⁸. Questa posizione non è condivisa. Come visto, solo le condotte tenute nello Stato che concede

1017; K. GRABINSKI, "Zur Bedeutung des Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckensübereinkommens (Brüsseler Übereinkommens) und des Lugano Übereinkommens in Rechtsstreitigkeiten über Patentverletzungen", *GRUR Int*, 2001, p. 204; A. METZGER, "Jurisdiction in Cases Concerning Intellectual Property Infringements on the Internet. Brussels-I Regulation, ALI-Principles and Max-Planck Proposals", in S. LEIBLE, A. OHLY (a cura di), *Intellectual Property and Private International Law*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, p. 258.

³⁵ Per la violazione di diritti di proprietà intellettuale il criterio di collegamento rilevante è il paese del luogo in cui è stata concessa la protezione. Questo è confermato, in punto di legge applicabile, dall'art. 8, par. 1, del regolamento Roma II (regolamento (CE) n. 864/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 luglio 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali, *GUUE* L 199 del 31 luglio 2007, p. 40 ss.), che dispone che la legge applicabile all'obbligazione extracontrattuale derivante dalla violazione di un diritto di proprietà intellettuale è quella del paese per il quale la protezione è richiesta.

³⁶ Il database globale dei disegni raccoglie sia le registrazioni internazionali effettuate ai sensi dell'Accordo dell'Aja sia le registrazioni nazionali e regionali, ed è liberamente accessibile sul sito dell'OMPI: < <https://designdb.wipo.int>>.

³⁷ Questo avverbio si rende necessario visto che l'attrice si riferisce, con la sua domanda, anche alla condotta di produzione del rubinetto avvenuta in Italia. Sulla irrilevanza di tale condotta ai fini del radicamento della giurisdizione ai sensi del foro speciale degli illeciti, vedasi *infra* par. 32-34.

³⁸ L. LUNDSTEDT, "Italian Supreme Court Rules on Jurisdiction on International Design Rights" cit. Si noti tuttavia che, secondo Lundstedt, l'azione di accertamento negativo promossa dall'attrice riguarda sia la porzione tedesca che quella italiana

la privativa sono da considerarsi astrattamente idonee a lederla. Essendo la produzione del rubinetto avvenuta in Italia, la stessa non può dirsi capace di ledere la privativa tedesca, visto che nel luogo in cui la produzione è stata posta in essere (Italia) questa condotta non poteva dirsi in contrasto con la privativa tedesca, valevole, per l'appunto, solo per il territorio tedesco.

33. Nel valutare l'idoneità causale della condotta di produzione tenuta in Italia non si deve cadere nel facile equivoco di ritenere che, essendo la condotta di produzione astrattamente lesiva della porzione *italiana* del disegno internazionale, la stessa assume quel carattere di illiceità (nel luogo in cui è stata realizzata) che la eleva a condotta asseritamente lesiva capace di radicare la giurisdizione ai sensi del foro speciale per gli illeciti. Invero, l'idoneità causale di una condotta non si ricava dalla capacità della stessa di ledere un bene giuridico qualsiasi, bensì dalla sua idoneità a ledere il bene giuridico di cui si discute. Pertanto, nel valutare l'idoneità causale della condotta di produzione tenuta in Italia, si deve esaminare se la stessa è astrattamente idonea a ledere la privativa *tedesca* di Bulthaup GmbH, non rilevando in alcun modo la sua capacità di ledere la privativa italiana, la cui validità è peraltro contestata dall'attrice.

34. Infine, anche a ritenere che siano eccezionalmente configurabili dei casi in cui condotte realizzate fuori dallo Stato che concede la privativa sono idonee a lederla perché producono effetti sul territorio statale in cui la privativa è tutelata³⁹, e che questo valga per la condotta di produzione del rubinetto in Italia, deve comunque escludersi la rilevanza causale di questa condotta per intervenuta interruzione del nesso causale. Invero, nella catena causale di eventi che hanno condotto alla (asserita) lesione della privativa tedesca, si rinviene una condotta che è da sola idonea e sufficiente a determinare l'evento di danno. Questa è la commercializzazione in Germania dei rubinetti prodotti in Italia, attività posta in essere dall'attrice che appare da sola idonea e sufficiente a ledere la privativa tedesca, eliminando quindi qualunque forma di efficacia causale astrattamente ravvisabile in capo alla condotta di produzione tenuta in Italia.

V. Competenza giurisdizionale su azioni relative a porzioni diverse di un disegno internazionale avanzate nei confronti di più convenuti

35. Quando davanti al giudice di uno Stato membro vengono avanzate più domande relative ad un disegno internazionale, su una sola delle quali il giudice adito ha competenza, prima di dichiararsi incompetente sulla domanda che fuoriesce dalla sua competenza, il giudice deve verificare che dalla competenza sull'una domanda non discenda per lui, in forza di un vincolo di connessione tra domande, la competenza a pronunciarsi anche sull'altra domanda su cui non avrebbe giurisdizione.

36. Questa verifica è stata condotta dalla Corte di Cassazione con l'ordinanza commentata. Accertata la giurisdizione italiana rispetto all'azione di accertamento dell'invalidità della porzione italiana del disegno internazionale, la Corte si chiede se da tale competenza non possa discendere, per il fatto che le domande riguardano il medesimo disegno internazionale, la giurisdizione italiana anche sulle azioni di accertamento negativo della violazione della porzione tedesca del disegno.

del disegno internazionale. Per le ragioni indicate sopra, questa posizione non è condivisibile, e l'azione di accertamento negativo va riferita alla sola porzione tedesca del disegno internazionale.

³⁹ Affinché un'azione tenuta fuori dallo Stato di protezione possa dirsi lesiva della privativa, è necessario che la stessa produca effetti nello Stato di protezione e che a tale Stato sia intenzionalmente diretta. V. la proposta di regole di giurisdizione su azioni relative a diritti di proprietà intellettuale redatta dal 2004 del Max-Planck-Institute, e pubblicata in J. DREXL, A. KUR (a cura di), *International Property and Private International Law – Heading for the Future*, Oxford, Hart Publishing, 2005, p. 309 ss., in particolare l'articolo 5: «[...] (1) [A]n infringement is held to occur in a Contracting State where the right exists, provided that a) the activity or omission by which the right is claimed to be infringed has commercial effect or, if commercial effect is lacking, a substantial impact in that Contracting State, or b) the activity by which the right is claimed to be infringed is intentionally directed towards that Contracting State».

37. Per affrontare tale questione, la Corte si rifà all'art. 8, n. 1, del regolamento Bruxelles I *bis*, il quale dispone che una persona domiciliata in uno Stato membro può essere convenuta, in caso di pluralità di convenuti, davanti all'autorità giurisdizionale del luogo in cui uno di essi è domiciliato, sempre che tra le domande sussista un collegamento così stretto da rendere opportuna una trattazione e una decisione unica onde evitare il rischio di giungere a decisioni incompatibili derivanti da una trattazione separata.

38. Affinché possa operare la connessione attributiva di cui al foro speciale in parola, è indispensabile che siano avanzate più domande, che le stesse siano avanzate nei confronti di più convenuti, e che tra le stesse vi sia la connessione qualificata di cui all'art. 8, n. 1, del regolamento Bruxelles I *bis*.

39. Che nel caso di specie fossero state avanzate più domande non è dubbio. Con la sua citazione in giudizio l'attrice chiedeva, in relazione al disegno internazionale, di accertare l'invalidità della porzione italiana e la non lesione della porzione tedesca.

40. Quanto al nesso di connessione qualificata tra domande di cui all'art. 8, n. 1, sin dalla prima pronuncia resa sul punto, la Corte di Giustizia ha chiarito che lo stesso sussiste «allorché le domande proposte nei confronti di più convenuti siano connesse al momento del loro esperimento, vale a dire se sussiste un interesse ad un'istruttoria e ad una pronuncia unica per evitare il rischio di soluzioni eventualmente incompatibili se le cause fossero decise separatamente»⁴⁰. Dunque, solo se dalla decisione separata delle domande discende il rischio di decisioni incompatibili, ovvero statuizioni contrastanti rese nell'ambito di una stessa situazione di fatto e di diritto⁴¹, sussiste quella connessione tra domande che consente, in presenza degli altri requisiti di cui all'art. 8, n. 1, di attribuire al giudice competente per una domanda la competenza anche sull'altra.

41. Che una siffatta connessione non sussista tra le domande relative alla violazione di diverse porzioni nazionali di un brevetto europeo avanzate nei confronti di convenuti domiciliati in Stati membri diversi per pretesi fatti di contraffazione commessi nei rispettivi territori è stato riconosciuto dalla Corte di Giustizia in *Roche Nederland*. Essendo che ciascuna porzione nazionale del brevetto europeo era disciplinata dalla legislazione nazionale dello Stato contraente della Convenzione di Monaco⁴² per il quale il brevetto era stato rilasciato, e visto che gli asseriti atti lesivi erano stati compiuti dai convenuti con azioni sì identiche, ma tenute su territori diversi, la Corte di Giustizia concludeva che dalla decisione separata delle domande non sorgeva il rischio di contraddizione tra eventuali decisioni divergenti⁴³.

42. Se dunque non sussiste connessione tra domande volte ad accertare che condotte identiche tenute da diversi convenuti abbiano violato diverse porzioni nazionali di un brevetto europeo, a maggior ragione non vi è connessione tra domande volte ad ottenere, da un lato, l'accertamento dell'invalidità della porzione italiana di un disegno internazionale, e, dall'altro, l'accertamento della non lesione della porzione tedesca dello stesso disegno. In nessun modo, infatti, l'esito del giudizio sulla validità della porzione italiana può influire il giudizio di non violazione della porzione tedesca e viceversa, visto le vicende relative ad una porzione nazionale non rilevano in alcun modo per le altre porzioni nazionali.

43. Infine, quanto al requisito secondo cui le domande devono essere proposte nei confronti di una pluralità di convenuti, non è chiaro se l'art. 8, n. 1, del regolamento Bruxelles I *bis* chieda che le domande siano avanzate nei confronti di più convenuti intesi come parti del processo o come parti della lite.

⁴⁰ Corte di Giustizia 27 settembre 1988, *Kalfelis*, 189/87, ECLI:EU:C:1988:459, par. 12. Come ricorda H. GAUDEMET-TALLON, *Rev. crit. DIP*, 1989, p. 117 ss., con questa sentenza la Corte di Giustizia chiarisce per la prima volta che le domande svolte nei confronti di più convenuti ai sensi dell'art. 6, n. 1, della Convenzione di Bruxelles devono essere connesse. Tale requisito è stato poi inserito nella disposizione normativa del foro speciale per pluralità di convenuti con il regolamento Bruxelles n. 44/2001 (Bruxelles I).

⁴¹ Corte di Giustizia *Roche Nederland* cit., par. 26.

⁴² Convenzione di Monaco per il rilascio dei brevetti europei, firmata a Monaco di Baviera il 5 ottobre 1973.

⁴³ Corte di Giustizia *Roche Nederland* cit., parr. 29-32.

44. A parere di chi scrive, la cautela imposta dall'art. 8 del regolamento contro possibili abusi finalizzati a distogliere uno dei convenuti dalla sua autorità giurisdizionale naturale⁴⁴ impone di leggere la nozione di convenuti di cui all'art. 8, n. 1, del regolamento Bruxelles I *bis* come riferita a convenuti che siano parti della lite di cui viene investito il giudice. Se non fosse così, sarebbe sufficiente per l'attore citare in giudizio, insieme al "vero" convenuto, anche una persona priva di legittimazione passiva che, in forza del suo domicilio nello Stato membro del giudice adito, funga da c.d. *anchor defendant* e permetta di radicare la giurisdizione del giudice adito sulle domande avanzate nei confronti di entrambi i convenuti.

45. Tale posizione sembra essere stata seguita di recente dalla Corte di cassazione francese, la quale ha declinato la giurisdizione francese ai sensi dell'art. 8, n. 1, del regolamento Bruxelles I *bis* rispetto alle domande di restituzione avanzate dal liquidatore di una società francese posta in liquidazione nei confronti di una società lussemburghese e della società francese liquidata, argomentando che, essendo la società lussemburghese l'unica titolare di legittimazione passiva, non si era in presenza di una pluralità di convenuti parti di lite, visto che la lite riguardava unicamente l'attore e la società lussemburghese⁴⁵.

46. Anche a ritenere che la nozione di convenuti di cui all'art. 8, n. 1, del regolamento Bruxelles I *bis* non sia in grado di abbracciare elementi attinenti al merito della lite, quale la titolarità della lite e la legittimazione passiva, valutazioni attinenti alla sussistenza di legittimazione passiva in capo ai convenuti in giudizio (e in particolare in capo al convenuto domiciliato nello Stato membro del giudice adito) rientrano nel margine discrezionale di cui dispone il giudice adito nel valutare la presenza del nesso qualificato tra domande di cui all'art. 8, n. 1, del regolamento Bruxelles I *bis*⁴⁶. Come chiarito dalla Corte di Giustizia, il foro speciale in parola richiede una connessione qualificata tra domande per evitare l'abusiva violazione delle norme sul giudice competente⁴⁷. Di conseguenza, nel valutare il nesso che lega le domande, il giudice adito deve verificare che la citazione in giudizio di più convenuti non sia finalizzata a scopi abusivi⁴⁸. Se riscontra un'ipotesi di abuso, ravvisabile quando la domanda connessa sia stata avanzata al solo fine di distogliere il convenuto dal suo giudice naturale, dichiarerà l'assenza di connessione tra domande, non discendendo dalla decisione separata di domande tra di loro non connesse un rischio di decisioni incompatibili. È proprio in seno alla valutazione della sussistenza di un nesso tra domande che il giudice adito può verificare che tutti i convenuti in giudizio siano parti della lite di cui è investito, e ritenere, in mancanza della legittimazione passiva di uno di essi, non sussistente il nesso di connessione qualificata richiesto dall'art. 8, n. 1⁴⁹.

⁴⁴ Sebbene venga esplicitato unicamente all'art. 8, n. 2, in relazione alla connessione tra domanda principale e chiamata in garanzia o di terzo, l'abuso vale come limite negativo di operatività del foro speciale per connessione per tutte le ipotesi di competenza per connessione. La stessa Relazione Jenard si riferisce a tale limite quando esamina l'art. 6, n. 1 (attuale art. 8, n. 1) (Relazione Jenard cit., p. 26), suggerendo che l'intero foro speciale per connessione si basa su un delicato equilibrio tra obiettivi di efficienza processuale e tutela del foro naturale. Vedasi su questo V. H. MUIR WATT, M. HASHIGUCHI, S. NATESHAN, D. STURUA, "Article 8 – Jurisdiction over connected claims", in U. MAGNUS, P. MANKOWSKI (a cura di), *Brussels Ibis Regulation Commentary*, 2ª ed., Köln, Ottoschmidt, 2023, p. 367.

⁴⁵ Cour de Cassation (France), Chambre commerciale, 26 febbraio 2020, 18-21.144, disponibile su <<https://www.legifrance.gouv.fr>>.

⁴⁶ Questo sembra essere ammesso da A. DI BLASE, *Connessione e litispendenza nella Convenzione di Bruxelles*, Padova, CEDAM, 1993, p. 26, là dove scrive che il convenuto attratto in un foro diverso da quello che sarebbe competente in base ad una domanda fittizia, ovvero formulata nei confronti di chi non ha legittimazione passiva, può sollevare eccezione di incompetenza. Se può sollevare eccezione di incompetenza per questo motivo, se ne ricava, aggiungiamo noi, che il giudice adito può rigettare la propria competenza ai sensi del foro in parola per assenza di legittimazione passiva del convenuto domiciliato nel suo Stato membro.

⁴⁷ Corte di Giustizia 26 maggio 2005, *Réunion européenne*, C-77/04, ECLI:EU:C:2005:327, par. 33.

⁴⁸ V. Cour de cassation (1re Ch. Civ.), 19 giugno 2007, *Rev. crit. DIP*, 2007, p. 847 ss., con nota di E. PATAUT, secondo cui la connessione qualificata e l'assenza di abuso sono due facce della stessa medaglia.

⁴⁹ Occorre dare atto che, secondo una giurisprudenza inglese maturata poco prima della Brexit, nel valutare la sussistenza del nesso qualificato tra domande ai sensi dell'art. 8, n. 1, del regolamento Bruxelles I *bis* il giudice adito può valutare se la domanda avanzata nei confronti dell'*anchor defendant* ha ragionevoli possibilità di essere accolta prima di accettare un'estensione della sua giurisdizione sulla domanda nei confronti dell'altro convenuto. V. *Senior Taxi Aereo Ejecutivo LTDA and others v Agusta Westland Spa and others* [2020] EWHC 1348. Per un commento su questa sentenza, M. JAMES, "Claim against Anchor Defendant Subject to Merits Test under Recast Brussels Regulation (High Court)", *Practical Law UK*, 10 giugno 2020.

47. Con l'ordinanza qui commentata la Corte di Cassazione sembra aver ragionato in questo senso. Rilevando che la legittimazione passiva rispetto all'azione di accertamento negativo della violazione della privativa tedesca spettasse unicamente a Bulthaup GmbH, la Corte ha ritenuto che Bulthaup Italia fosse un "convenuto fittizio"⁵⁰, disinteressato alla lite, come tale inidoneo ad ancorare la giurisdizione del giudice italiano sull'azione di accertamento negativo avanzata nei confronti di Bulthaup GmbH.

48. Contrariamente a quanto sostenuto da chi ha precedentemente commentato questa sentenza⁵¹, questa parte dell'ordinanza appare corretta nel risultato e nel percorso logico seguito. Lungi dall'essere caratterizzata da una valutazione congiunta di condizioni di ammissibilità dell'azione (quale l'interesse ad agire), come tali rette dal diritto processuale italiano, e di questioni di giurisdizione, regolate dal regolamento Bruxelles I bis, la pronuncia è unicamente fondata sul regolamento Bruxelles I bis, e in particolare sul requisito della pluralità di convenuti che siano parti della lite di cui all'art. 8, n. 1, di cui viene accertata l'assenza, con conseguente impossibilità per il foro speciale in parola di operare.

VI. Conclusioni

49. Le soluzioni date dalla Corte di Cassazione ai diversi problemi posti dall'accertamento della sussistenza di giurisdizione italiana nel caso di specie appaiono corrette e fondate. Sebbene con passaggi argomentativi in alcuni punti assenti e in altri punti troppo veloci, la Corte ha correttamente individuato i limiti della giurisdizione italiana rispetto alle azioni di validità e di violazione di porzioni diverse di un disegno internazionale.

50. Oltre che per la correttezza delle soluzioni offerte, la pronuncia in questione deve essere salutata con favore per il triplice contributo innovativo che offre alla prassi applicativa del regolamento Bruxelles I bis. In primo luogo, essa estende l'applicazione del principio affermato dalla Corte di Giustizia in *Wintersteiger* alla materia dei disegni (internazionali o nazionali che siano), chiarendo che la lesione della privativa concessa su un disegno deve localizzarsi nello Stato di protezione. In secondo luogo, non attribuendo rilevanza giurisdizionale alla condotta tenuta in Italia rispetto all'azione di accertamento negativo della lesione della porzione tedesca del disegno, la pronuncia aderisce alla posizione secondo cui, per effetto del principio di territorialità, solo le condotte tenute nello Stato che concede la privativa sono astrattamente idonee a lederla. In terzo luogo, essa chiarisce che, quando il convenuto domiciliato nello Stato membro del giudice adito è privo di legittimazione passiva, non sussiste una pluralità di convenuti parti di lite necessaria affinché la connessione attributiva di giurisdizione possa operare.

⁵⁰ L'espressione è tra virgolette perché, come scritto da G. TARZIA, "Cumulo soggettivo e "convenuto fittizio"", *Giur. it.*, 1956, p. 712 ss., «la posizione di convenuto si acquisisce in conseguenza della semplice *vocatio in ius*, pur se l'attore non esprima con questa alcuna pretesa, ovvero formuli una pretesa verso un soggetto diverso da quello citato [...] non vi può essere un convenuto fittizio, visto che un convenuto estraneo alla pretesa dell'attore».

⁵¹ L. LUNDSTEDT, "Italian Supreme Court Rules on Jurisdiction on International Design Rights" cit.

Bibliografía de Derecho internacional privado (2023)

Private International Law Bibliography (2023)

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA

Catedrático de Derecho internacional privado

Universidad Carlos III de Madrid

ORCID ID: 0000-0003-2236-4641

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho internacional privado

Universidad de Murcia

ORCID ID: 0000-0002-0347-7985

DOI: 10.20318/cdt.2024.8442

“The man who does not read has no advantage over the man who cannot read”

MARK TWAIN

Obras generales

- P. BERTOLI, *Nozioni di diritto internazionale privato e processuale*, Torino, Giappichelli, 2023.
- A. BRIGGS, *Private international law in English courts*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2023.
- A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Compendio de Derecho Internacional Privado*, 5ª ed., Murcia, Rapid Centro Color S.L., 2023.
- P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES/S. LAVAL, *Droit international privé*, 11ª ed., Paris, Dalloz, 2023.
- C. ESPLUGUES MOTA/G. PALAO MORENO, *Derecho Internacional Privado*, 17ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.
- A. FONT SEGURA/J.M. FONTANELLAS MORELL/M. GARDEÑES SANTIAGO/G. GARRIGA SUAU (COORDS.), *Lliçons de dret internacional privat*, Barcelona, Editorial Atelier, 2023.
- P. FRANZINA, *Introduzione al diritto internazionale privato*, 2ª ed., Torino, Giappichelli, 2023.
- M. GUZMÁN ZAPATER (DIR.), *Lecciones de Derecho internacional privado*, 3ª ed., Valencia, tirant lo blanch, 2023.
- P. HAY, *Conflict of laws*, 9ª ed., Eagan, MN, West Academic Publishing, 2023.
- P. HAY, *Advanced introduction to private international law and procedure*, 2ª ed., Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2023.
- A. RODRÍGUEZ BENOT (DIR.), *Manual de Derecho Internacional Privado*, 10ª ed., Madrid, Editorial Tecnos, 2023.
- R. RUIZ DÍAZ LABRANO, *Derecho internacional privado: parte general, parte especial, Derecho procesal internacional*, Asunción, La Ley, 2023.
- A.D. TWERSKI/N.B. COHEN, *Choice of law: cases and materials for a concise course on conflict of laws*, 2ª ed., Eagan, MN, West Academic Publishing, 2023.

El Derecho internacional privado

- J.J. ÁLVAREZ RUBIO, “A vueltas con la vecindad civil vasca: una selección de problemas irresueltos y posibles cauces de solución”, en A. FERNÁNDEZ PÉREZ (COORD.), *El Derecho internacional privado ante la(s) crisis de la globalización: III Foro europeo de Derecho internacional privado*, Las Rozas, Navarra, Aranzadi, 2023, pp. 75-95.
- E. ARAGUAS, “Populations multiculturelles et systèmes juridiques mixtes. Évocation des marginalités françaises”, *Revue internationale de droit comparé*, nº 2, 2023, pp. 227-250.
- K. BOOSFELD, *Die Lehren von der Statutenkollision: Eine Deutungsgeschichte aus Raum und Recht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2023.
- S. BRACHOTTE, “Pour une approche décoloniale du droit international privé”, *Revue critique de droit international privé*, 2023-2, pp. 297-316.
- A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Bibliografía de Derecho internacional privado (2022)”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 2, 2023, pp. 1051-1121.
- J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El arte de escribir bien en Derecho internacional privado (reglas y consejos para una escritura creativa en Derecho internacional privado)”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 2, 2023, pp. 1122-1163.
- E. CASTELLANOS RUIZ/J.J. ÁLVAREZ RUBIO, *La vecindad civil y la aplicación del derecho foral a los extranjeros*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2023.
- M.V. CUARTERO RUBIO, “Algunas reflexiones sobre el acceso a la justicia en Derecho internacional privado”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 75, 2, 2023, pp. 257-290.
- W. DAY/L. MERRETT (ED.), *Landmark cases in private international law*, Oxford, London, New York, New Delhi, Sydney, Hart, 2023.
- R. ESPINOSA CALABUIG, “La fragilidad de las relaciones privadas internacionales y sus efectos sobre el derecho a una vida privada y familiar”, en R. RUEDA VALDIVIA (DIR.), *Nuevos horizontes de la movilidad internacional de personas en el siglo XXI. Libro homenaje a la profesora Mercedes Moya Escudero*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 139-166.
- A. FERNÁNDEZ PÉREZ, “El Derecho internacional privado ante el desarrollo sostenible”, en A. FERNÁNDEZ PÉREZ (COORD.), *El Derecho internacional privado ante la(s) crisis de la globalización: III Foro europeo de Derecho internacional privado*, Las Rozas, Navarra, Aranzadi, 2023, pp. 51-73.
- J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “La aportación de la ‘Revista Española de Derecho Internacional’ a la difusión del Derecho internacional privado”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 75, 2, 2023, pp. 65-98.
- A. FLESSNER, “Hybride im internationalen Recht - am Beispiel des Internationalen Privatrechts und des völkerrechtlichen Investitionsschutzes”, en F. HEINDLER/K. HUBER/J. SCHACHERREITER (HRSG.), *Libber Amicorum Bea Verschraegen*, Wien, MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2023, pp. 25-34.
- S. GOYENECHÉ ECHEVERRÍA, “Sobre la oportunidad (y necesidad) de una reforma del sistema interno de Derecho interregional”, *AEDIPr*, t. XXIII, 2023, pp. 87-118.
- M. DEL Á. IGLESIAS, “Algunas notas sobre el fuero indígena y la jurisdicción especial indígena”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 1, 2023, pp. 422-441.
- F. DE B. IRIARTE ÁNGEL, *La necesaria actualización del sistema de resolución de los conflictos internos de leyes*, Madrid, Dykinson, 2023.
- T. KERSTGES, *Der räumliche Anwendungsbereich der Berufsrechtsnorm: Zugleich ein Beitrag zum Internationalen Öffentlichen Recht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2023.
- T. KINDT, *Transnationale Verträge im nationalen Recht: Theorie und Dogmatik transnationaler Ordnungsstrukturen am Beispiel von Musterverträgen im Finanzbereich*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2023.
- J. LANDBRECHT, *Rechtssprachliche Kommunikation: im Kontext von Zivilrecht, EU-Recht, Rechtsvergleichung und schiedsrichterlichem Verfahren*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2023.
- É. LENGART, *La théorie générale des conflits de lois à l'épreuve de l'individualisme*, Paris, LGDJ, 2023.

- É. LENGART, “Les conflits de juridictions á l’épreuve de l’individualisme”, *Revue critique de droit international privé*, 2023-2, pp. 317-334.
- S. MCKIBBIN/A. KENNEDY (ED.), *The common law jurisprudence of the conflict of laws*, Oxford, London, New York, New Delhi, Sydney, Hart, 2023.
- R. MICHAELS, “Rumo a um Direito Internacional Privado para Conflitos Regulatórios?”, en M.R. DE SÁ RIBEIRO/J. A. FONTOURA COSTA/D.P. FERNÁNDEZ ARROYO (EDS.), *Governança Global*, 2, Belo Horizonte, Arraes Editores, 2023, pp. 335-364.
- H. MUIR WATT, “Alterity in the Conflict of Laws: An Ontology of the In-Between”, *Rechts Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 87, 3, 2023, pp. 433-464.
- H. MUIR WATT, *The law’s ultimate frontier: towards an ecological jurisprudence: a global horizon in private international law*, Oxford, London, New York, New Delhi, Sydney, Hart, 2023.
- R. RUEDA VALDIVIA (DIR.), *Nuevos horizontes de la movilidad internacional de personas en el siglo XXI. Libro homenaje a la profesora Mercedes Moya Escudero*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.
- L.B. SCOTTI, “Las relaciones entre el Derecho Internacional Público y Privado: de antiguos rivales a estrechos aliados”, *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata. UNLP*, Año 20, n° 53, 2023, pp. 339-366.

El Derecho internacional privado: Fuentes

- S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Derecho interregional y Constitución”, *RJIB. Revista jurídica de les Illes Balears*, n° 22, 2023.
- J.M. ARIAS RODRÍGUEZ, “Reflexiones sucintas sobre la cosa juzgada en la jurisprudencia del TJUE”, *La Ley*, n° 10208, Sección Doctrina, 16 enero 2023.
- M.G. BOTTIGLIERI, “Perspectiva de género y lenguaje normativo en el Derecho Internacional privado”, *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho internacional*, n° 26, 2023, pp. 137-145.
- L. BRILMAYER, “Le troisième Restatement des conflits de lois et ‘les processus ordinaires d’interprétation juridique’”, *Revue critique de droit international privé*, 2023-1, pp. 5 -20.
- C. BUDZIKIEWICZ, “Der Einfluss der Menschenrechte auf das IPR”, en A. PETERS/S. HOBE/E.-M. KIENINGER (HRSG.), *Abkehr vom Multilateralismus - Internationales Recht in Gefahr?*, Heidelberg, C.F. Müller, 2023, pp. 153-188.
- D. BUREAU/H. MUIR WATT, “Un contrat de coopération commerciale ne peut être régi par les Principes Unidroit choisis par les parties - Com. 16 nov. 2022, n° 21-17.338”, *Revue critique de droit international privé*, 2023-2, pp. 475-482.
- P. BUTLER, “UNCITRAL and MSMEs: an enduring and successful marriage”, en R. GULATI/T. JOHN/B. KÖHLER (EDS.), *The Elgar Companion to UNCITRAL*, Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing, 2023, pp. 377-391.
- M. CARDONA VALLÉS/B. STEIBLE, “La expansión de la jurisdicción extraterritorial del Estado en el ámbito del control sobre la actividad extraterritorial de las empresas”, en M.C. MARULLO/L. SALES PALLARÉS/F.J. ZAMORA CABOT (DIR.), *Empresas transnacionales, derechos humanos y cadenas de valor: nuevos desafíos*, Madrid, Colex, 2023, pp. 237-260.
- C. CHALAS, “Les mesures de protection de l’enfant illicitement déplacé et le risque grave de danger: comparaison de l’office des juges américains et européens”, *Revue critique de droit international privé*, 2023-1, pp. 67-84.
- B. CHASTANG REYES, “El concepto de órgano jurisdiccional a efectos del art. 267 TFUE. Las Conclusiones de la Abogada General Ácapeta en el asunto C-115/22, NADA”, *La Ley Unión Europea*, n° 118, 2023.
- M. CHECA MARTÍNEZ, “‘Brexit’ y cooperación judicial internacional en materia civil entre Gibraltar y los Estados miembros de la UE: de Bruselas a La Haya”, en I. GONZÁLEZ GARCÍA (DIR.), *El Brexit en la cooperación transfronteriza entre Gibraltar, Campo de Gibraltar y Andalucía*, Madrid, Dykinson, 2023, pp. 225-262.

- D. COESTER-WALTJEN, “Das Unwirksamkeitsverdict für ‘Kinderehen’ auf dem Prüfstand der Verfassung”, *IPRax*, 2023, 4, pp. 350-359.
- D. COESTER-WALTJEN, “Die ‘Kinderehen’-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts: Welche Schlussfolgerungen ergeben sich für das internationale Eheschließungsrecht?”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 87, 4, 2023, pp. 766-785.
- R. DARABI GHASEMI/A. REZAAE, “Feasibility of Applying Lex Mercatoria in Arbitration Based on Ex aequo et bono and Amiable Compositeur”, *International Law Review*, 40, 71, Fall 2023, pp. 163-200.
- J.A. ESTRELLA FARIA, “UNCITRAL: the organization”, en R. GULATI/T. JOHN/B. KÖHLER (EDS.), *The Elgar Companion to UNCITRAL*, Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing, 2023, pp. 11-35.
- J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Virtualidad de los tratados internacionales en la ordenación del Derecho privado transnacional”, en *Derecho de los Tratados: Actuales desafíos*, Uruguay, Fundación de Cultura Universitaria, 2023, pp. 455-528.
- F. FERRARI, “UNCITRAL conventions and private international law: from antagonism to symbiosis”, en R. GULATI/T. JOHN/B. KÖHLER (EDS.), *The Elgar Companion to UNCITRAL*, Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing, 2023, pp. 36-52.
- H. FLEISCHER/P. MANKOWSKI (EDS.), *Kommentar zum Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten zur Vermeidung von Menschenrechtsverletzungen in Lieferketten (Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz)*, München, C.H. Beck, 2023.
- M. FRANÇOISE, “L’office du juge à la lumière du projet de Code de droit international privé”, *JDI Clunet*, n° 4, 2023.
- P. FRANZINA, “La Cassazione muta indirizzo su Incoterms e luogo della consegna dei beni”, *RDIPP*, LIX, 2, 2023, pp. 290-313.
- M. GALVÍN, “La digitalización de la *Lex Mercatoria* y la *Lex Cryptographya*”, en A. FILLOL MAZO/R.D.PÉREZ CALLE (COORD.), *Un mundo en aceleración: las ciencias jurídicas, económicas y sociales ante los retos del siglo XXI*, Madrid, Dykinson, 2023, pp. 517-531.
- V. GARRIDO MAYOL, “Los derechos fundamentales como límite a prácticas religiosas y culturales”, en M.D. CERVILLA GARZÓN/I. ZURITA MARTÍN (DIR.), *Identidad islámica y orden público en una sociedad inclusiva*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2023, pp. 81-114.
- M. GEBAUER, “Internationalisierung versus Re-Nationalisierung im IPR”, en A. PETERS/S. HOBE/E.-M. KIENINGER (HRSG.), *Abkehr vom Multilateralismus - Internationales Recht in Gefahr?*, Heidelberg, C.F. Müller, 2023, pp. 33-62.
- J. GLEESON SC/D. FORRESTER, “Harmonising the local and global: non-unitary States and UNCITRAL’s work of legal convergence”, en R. GULATI/T. JOHN/B. KÖHLER (EDS.), *The Elgar Companion to UNCITRAL*, Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing, 2023, pp. 53-80.
- D. GLUHAIA, “El efecto directo del principio de proporcionalidad en el contexto de las sanciones previsto en el artículo 20 de la Directiva 2014/67/UE”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 1, Marzo 2023, pp. 956-969.
- S.L. GÖSSL, “Grundrechte und IPR: Von beidseitigem Desinteresse zu höflicher Aufmerksamkeit – und zu angeregtem Austausch?”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 87, 4, 2023, pp. 728-747.
- R. GULATI/T. JOHN/B. KÖHLER (EDS.), *The Elgar Companion to UNCITRAL*, Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing, 2023.
- B. HEIDERHOFF/I. QUEIROLO (ED.), *EU and private international law: trending topics in contracts, successions and civil liability*, Napoli, Editoriale scientifica, 2023.
- C. JESSEL-HÖLST, “Zur Europäisierung des rumänischen internationalen Privatrechts”, en O. REMIEN/L. ZIDARU (EDS.), *Gemeineuropäisches Privatrecht in Rumänien. Neue Kodifikationen zwischen französischen, deutschen oder österreichischen und europäischen internationalen Einflüssen*, Berlin, Duncker & Humblot, 2023, pp. 187-192.
- T. KINDT, *Transnationale Verträge im nationalen Recht: Theorie und Dogmatik transnationaler Ordnungsstrukturen am Beispiel von Musterverträgen im Finanzbereich*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2023.

- L. KOPCZYŃSKI, *Urteilsanerkennung unter Gegenseitigkeitsvorbehalt. Zur Vereinbarkeit von Reziprozitätsanforderungen bei der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile mit der EMRK*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2023.
- C.F. LE, “Un labyrinthe transfrontière: le travail à distance et le projet de troisième Restatement”, *Revue critique de droit international privé*, 2023-1, pp. 53-66.
- C. LEGROS, “La force du précédent en droit britannique ou les limites de l’interprétation uniforme des conventions internationales de droit matériel”, *JDI Clunet*, n° 4, 2023.
- K. LUGANI, “Die Rom I-VO und die Schiedsgerichte im österreichischen und deutschen Recht”, en T. GARBER (ED.), *Festschrift Matthias Neumayr*, vol. 1, Wien, Manz, 2023, pp. 851-864.
- M.C. MALAGUTI, “Principios UNIDROIT a través de los laudos de arbitraje internacional de inversiones”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 1, Marzo 2023, pp. 10-23.
- H.-P. MANSSEL/K. THORN/R. WAGNER, “Europäisches Kollisionsrecht 2022: Bewegung im internationalen Familienrecht”, *IPRax*, 2023, 2, pp. 109-145.
- E.J. MARTÍNEZ PÉREZ, “Los órganos de tratados de las Naciones Unidas como alternativa limitada para la salvaguarda de los derechos humanos en España”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 1, Marzo 2023, pp. 517-548.
- R. MICHAELS, “Einleitung zum Symposium: Grundrechte und IPR im Lichte der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Kinderehenbekämpfungsgesetz”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 87, 4, 2023, pp. 707-713.
- M. MILLS, “Les délais de prescription et la dichotomie substance/procédure: une occasion manquée”, *Revue critique de droit international privé*, 2023-1, pp. 39-52.
- H. MUIR WATT/D. BUREAU/S. CORNELOUP, “Le Restatement III du droit des conflits de lois: débats et comparaisons”, *Revue critique de droit international privé*, 2023-1, pp. 1-5.
- D. NITSCHMANN, “Die Auswirkungen des Brexits auf den deutsch-britischen Zivilrechtsverkehr”, *IPRax*, 2023, 5, pp. 455-458.
- L. PAILLER/C. NOURISSAT (DIR.), *Un système de droit international privé de l’Union européenne?*, Bruxelles, Bruylant, 2023.
- D. PALOMBO, “The Hague Rules on Business and Human Rights: reconciling business and human rights with arbitration?”, en R. GULATI/T. JOHN/B. KÖHLER (EDS.), *The Elgar Companion to UNCITRAL*, Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing, 2023, pp. 177-192.
- R. PAZOS CASTRO, “El principio de subsidiariedad en la normativa europea para un mercado único digital”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 2, 2023, pp. 801-832.
- S. QUINN, “Considérations de méthode: l’exemple du conflit de lois en matière délictuelle. Restatement III de l’American Law Institute et règlement Rome II de l’Union européenne”, *Revue critique de droit international privé*, 2023-1, pp. 25-38.
- H. RADTKE, “Zu den Maßstäben der verfassungsrechtlichen Beurteilung von Regelungen des deutschen Internationalen Privatrechts”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 87, 4, 2023, pp. 714-727.
- C.S. RAPATZ, *Das Internationale Privatrecht der EU - Vorbild oder Vormacht?: Abgrenzungen und Wirkungen im Verhältnis zum nationalen und völkerrechtlichen Kollisionsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2023.
- O. REMIEN/L. ZIDARU (HRSG.), *Gemeineuropäisches Privatrecht in Rumänien: neue Kodifikationen zwischen französischen, deutschen oder österreichischen und europäisch internationalen Einflüssen*, Berlin, Duncker & Humblot, 2023.
- K. ROOSEVELT III, “Le troisième Restatement et la question de la méthode: une réponse”, *Revue critique de droit international privé*, 2023-1, pp. 21-24.
- H. ROTH, “Die ‘Entscheidungserheblichkeit’ der Vorlagefrage nach Art. 267 AEUV (EuGH, verbundene Rs. C-208/20 und Rs. C-256/20, S. 57)”, *IPRax*, 2023, 1, pp. 8-10.
- F. SALERNO, “L’impatto della procedura di interpretazione pregiudiziale sul diritto internazionale privato nazionale”, *RDIPP*, LIX, 1, 2023, pp. 5-37.
- J. SAMTLEBEN, *Internationales Privat- und Prozessrecht in Lateinamerika – Tradition und Reform*, vol. I: *Rechtsordnungen* y vol. II: *Gesetzestexte*, Aachen, Shaker Verlag, 2023.

- M. SCHMIDT, “Kulturalität der Rechtsanwendung und internationale Rechtsvereinheitlichung: Überlegungen am Beispiel des UN-Kaufrechts”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 87, 4, 2023, pp. 643-671.
- L.B. SCOTTI, “Las relaciones entre el Derecho Internacional Público y Privado: de antiguos rivales a estrechos aliados”, *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata. UNLP*, Año 20, n° 53, 2023, pp. 339-366.
- S. SÁNCHEZ LORENZO, “El papel de los tratados internacionales y el diálogo de las fuentes en el Derecho internacional privado actual”, en *Derecho de los Tratados: Actuales desafíos*, Uruguay, Fundación de Cultura Universitaria, 2023, pp. 529-550.
- L. SPAGNOLO/M. BHATTI, “Conflicts of Interest between Sharia and International Sale of Goods: Does CISG Interest Fit with Islamic Law?”, *Monash University Law Review*, 49, 1, 2023, pp. 1-48.
- M.J. URREA SALAZAR, “European Private International Law and National Civil Codes: Interactions and Synergies”, *International Journal of Law in Changing World*, 2, 2, 2023, pp. 3-15.
- L. VIELLECHNER, “Die Anwendbarkeit der Grundrechte im Internationalen Privatrecht: Zur Methodik der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die Kinderehe”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 87, 4, 2023, pp. 748-765.
- M. WELLER, “Die Krise des Einheitsrechts”, en A. PETERS/S. HOBE/E.-M. KIENINGER (HRSG.), *Abkehr vom Multilateralismus - Internationales Recht in Gefahr?*, Heidelberg, C.F. Müller, 2023, pp. 81-106.
- N. ZGHAL, *L'arbitre et les méthodes de détermination du droit applicable au fond*, Paris, L'Harmattan, 2023.

Competencia judicial internacional

- D. BARDEL/I. MERINO CALLE, “El foro de necesidad y el acceso internacional a la justicia ante la vulneración de derechos humanos por parte de sujetos económicos privados”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 2, 2023, pp. 167-197.
- A. BETZELT, *Anspruchskonkurrenz bei grenzüberschreitendem Lebenssachverhalt*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2023.
- G. BIAGIONI, “Giurisdizione in materia matrimoniale, residenza abituale dei coniugi e immunità degli agenti diplomatici”, *Rivista di diritto internazionale*, 106, 1, 2023, pp. 195-202.
- M. CARDONA VALLÈS/B. STEIBLE, “La expansión de la jurisdicción extraterritorial del Estado en el ámbito del control sobre la actividad extraterritorial de las empresas”, en M.C. MARULLO/L. SALES PALLARÉS/F.J. ZAMORA CABOT (DIR.), *Empresas transnacionales, derechos humanos y cadenas de valor: nuevos desafíos*, Madrid, Colex, 2023, pp. 237-260.
- M.V. CUARTERO RUBIO, “Algunas reflexiones sobre el acceso a la justicia en Derecho internacional privado”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 75, 2, 2023, pp. 257-290.
- P. HAY, “Der US-Supreme Court erweitert die allgemeine Zuständigkeit für Klagen gegen auswärtige im Forumsstaat tätige Gesellschaften”, *IPRax*, 2023, 6, pp. 566-570.
- A. JUNKER, *Internationales Zivilprozessrecht*, 6ª ed., München, C.H. Beck, 2023.
- A. LEANDRO, “State Immunity from Execution of Foreign Judgments: Making Sense of Jurisdictional Issues in the Requested State”, *Rivista di diritto internazionale*, 106, 3, 2023, pp. 655-672.
- B.A. MARSHALL, *Asymmetric jurisdiction clauses*, Oxford, Oxford University Press, 2023.
- R. NIGRO, “Il fondo ristori italiano alla luce dei ‘rimedi alternativi’ all’immunità degli Stati esteri dalla giurisdizione esecutiva”, *Rivista di diritto internazionale*, 106, 3, 2023, pp. 629-654.
- R. O’KEEFE, “State Immunity from Measures of Constraint: The State Interests Protected”, *Rivista di diritto internazionale*, 106, 3, 2023, pp. 607-628.
- M. REIMANN, “Der erneute Gefahr ‘exorbitanter’ Zuständigkeit amerikanischer Gerichte - und ihre Grenzen”, *IPRax*, 2023, 6, pp. 571-575.
- D. SINDRES, “Nouvelles réflexions sur les clauses attributives de compétence optionnelles”, *Revue critique de droit international privé*, 2023-2, pp. 335-350.

- M. STÜRNER, “Krise und Zukunft der staatlichen Gerichtsbarkeit als Instrument der Streitbeilegung im internationalen Handel”, en A. PETERS/S. HOBE/E.-M. KIENINGER (HRSG.), *Abkehr vom Multilateralismus - Internationales Recht in Gefahr?*, Heidelberg, C.F. Müller, 2023, pp. 249-284.
- E. ZANNARINI, “Piercing the Veil of Diplomatic Immunity: Basfar v. Wong and the Rethinking of the ‘Commercial Activity’ Exception”, *Rivista di diritto internazionale*, 106, 1, 2023, pp. 135-153.

Derecho aplicable (I). Técnicas de reglamentación. La norma de conflicto

- J.J. ÁLVAREZ RUBIO, “A vueltas con la vecindad civil vasca: una selección de problemas irresueltos y posibles cauces de solución”, en A. FERNÁNDEZ PÉREZ (COORD.), *El Derecho internacional privado ante la(s) crisis de la globalización: III Foro europeo de Derecho internacional privado*, Las Rozas, Navarra, Aranzadi, 2023, pp. 75-95.
- A. D’ORNANO, “Sur la guerre en Ukraine: considérations de droit international privé”, *Revue critique de droit international privé*, 2023, 1, pp. 259 à 269.
- A. DURÁN AYAGO, *Derechos humanos y método de reconocimiento de situaciones jurídicas: Hacia la libre circulación de personas y familias. Perspectiva internacional y europea*, Cizur Menor, Aranzadi, 2023.
- V. GARIN GIMÉNEZ, “‘Conflicts Revolution’ or Revolution through Conflicts? Promoting Change or Preserving the Status Quo via Private International Law”, *AEDIPr*, t. XXIII, 2023, pp. 61-85.
- T. KERSTGES, *Der räumliche Anwendungsbereich der Berufsrechtsnorm: Zugleich ein Beitrag zum Internationalen Öffentlichen Recht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2023.
- A. KRONENBERG, “Unliebsames Eingriffsrecht und tatsächliche Unmöglichkeit”, *IPRax*, 2023, 2, pp. 155-161.
- M.A. KUMIN, “Medida nacional que obliga a una entidad de crédito a poner fin a las relaciones de negocios o a no entablar tales relaciones con no nacionales: TJ, Sala Primera, S 2 Mar. 2023. Asunto C-78/21: AS PrivatBank, A, B, Unimain Holdings LTD y Finanšu un kapitāla tirgus komisija”, *La Ley Unión Europea*, nº 115, 2023.
- J.I. PAREDES PÉREZ, “Las sanciones económicas de la Unión Europea contra Rusia y Bielorrusia: una lectura en clave de Derecho internacional privado”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 75, 1, 2023, pp. 203-211.
- E.C. TORRALBA MENDIOLA, “La aplicación de las leyes de policía contenidas en directivas de la Unión Europea. El ejemplo de la regulación de la cadena alimentaria”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 75, 1, 2023, pp. 137-160.
- J. UNGERER, “‘Nudging’ en el Derecho internacional privado: el diseño de los puntos de conexión a la luz de la economía conductual”, en A. FERNÁNDEZ PÉREZ (COORD.), *El Derecho internacional privado ante la(s) crisis de la globalización: III Foro europeo de Derecho internacional privado*, Las Rozas, Navarra, Aranzadi, 2023, pp. 15-50.
- R. WAGNER, “Handlungsortsanknüpfungen im autonomen deutschen Internationalen Privatrecht”, en T. GARBER (ED.), *Festschrift Matthias Neumayr*, vol. 1, Wien, Manz, 2023, pp. 907-918.

Derecho aplicable (II). Aplicación del Derecho extranjero

- Á.M. BALLESTEROS BARROS, “Orden público internacional y europeo: Perspectiva de Derecho internacional privado y comparado”, en M.D. CERVILLA GARZÓN/I. ZURITA MARTÍN (DIR.), *Identidad islámica y orden público en una sociedad inclusiva*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2023, pp. 171-202.
- G. CERQUEIRA/H. FULCHIRON (DIRS.), *Le droit étranger dans le projet de code de droit international privé: connaissance et application*, Paris, Société de législation comparée, 2023.
- G. CERQUEIRA/N. NORD/C. NOURISSAT (DIRS.), *Le certificat de coutume: pratiques en droit des affaires internationales*, Paris, Société de législation comparée, 2023.

- M.D. CERVILLA GARZÓN/I. ZURITA MARTÍN (DIR.), *Identidad islámica y orden público en una sociedad inclusiva*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2023.
- D. COESTER-WALTJEN, “Das Unwirksamkeitsverdict für ‘Kinderehen’ auf dem Prüfstand der Verfassung”, *IPRax*, 2023, 4, pp. 350-359.
- D. COESTER-WALTJEN, “Die ‘Kinderehen’-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts: Welche Schlussfolgerungen ergeben sich für das internationale Eheschließungsrecht?”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 87, 4, 2023, pp. 766-785.
- A. D’ORNANO, “Sur la guerre en Ukraine: considérations de droit international privé”, *Revue critique de droit international privé*, 2023, 1, pp. 259 à 269.
- K. DUDEN, “IPR im Ungefähr – Nichtermittelbarkeit ausländischen Rechts, Ersatzrechtsanwendung und Offenlassen des anwendbaren Rechts (OLG Hamburg, S. 90)”, *IPRax*, 2023, 1, pp. 49-56.
- O. FERACI, “I ‘controlimiti’ al funzionamento del limite dell’ordine pubblico nella proposta di regolamento europeo in tema di filiazione”, *Rivista di diritto internazionale*, 106, 3, 2023, pp. 779-796.
- J.M. FONTANELLAS MORELL, “Rechazo del reenvío que, de conformidad con el Reglamento (UE) nº 650/2012, efectúa la normativa conflictual del Estado de la nacionalidad del causante a cuya legislación éste había sometido su sucesión”, *AEDIPr*, t. XXIII, 2023, pp. 387-396.
- V. GARRIDO MAYOL, “Los derechos fundamentales como límite a prácticas religiosas y culturales”, en M.D. CERVILLA GARZÓN/I. ZURITA MARTÍN (DIR.), *Identidad islámica y orden público en una sociedad inclusiva*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2023, pp. 81-114.
- S.L. GÖSSL, “Grundrechte und IPR: Von beidseitigem Desinteresse zu höflicher Aufmerksamkeit – und zu angeregtem Austausch?”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 87, 4, 2023, pp. 728-747.
- U.P. GRUBER, “Plädoyer gegen die Anpassung beim gesetzlichen Ehegattenerbrecht”, *IPRax*, 2023, 5, pp. 435-439.
- T. HELMS, “Anknüpfung der Ehe als Vorfrage im Internationalen Abstammungs- und Namensrecht bei Geburt im Jahre 1966 (OLG Nürnberg, S. 86)”, *IPRax*, 2023, 1, pp. 46-48.
- L. KOPCZYNSKI, *Urteilsanerkennung unter Gegenseitigkeitsvorbehalt. Zur Vereinbarkeit von Reziprozitätsanforderungen bei der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile mit der EMRK*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2023.
- R. MICHAELS, “Einleitung zum Symposium: Grundrechte und IPR im Lichte der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Kinderehenbekämpfungsgesetz”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 87, 4, 2023, pp. 707-713.
- H. MOTA, “El orden público internacional en la más reciente práctica jurisprudencial portuguesa”, en M.D. CERVILLA GARZÓN/I. ZURITA MARTÍN (DIR.), *Identidad islámica y orden público en una sociedad inclusiva*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2023, pp. 265-286.
- H. MOTA, “Sistemas plurilegislativos y aplicación del Reglamento europeo de sucesiones. A propósito de la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 20 de enero de 2022: una visión desde Portugal”, *AEDIPr*, t. XXIII, 2023, pp. 397-417.
- MPI FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW, MAX PLANCK SOCIETY (ED.), *Hamburger Leitlinien zur Ermittlung und Anwendung ausländischen Rechts in deutschen Verfahren für Gerichte, Sachverständige und Parteien*, Oktober 2023. doi:10.17617/2.3529891 (disponible en <https://hdl.handle.net/21.11116/0000-000D-C21F-6> y <https://hdl.handle.net/21.11116/0000-000D-C472-5>).
- K. NISHIOKA (ED.), *Treatment of foreign law in Asia*, Oxford, London, New York, New Delhi, Sydney, Hart, 2023.
- A. ORTEGA GIMÉNEZ, “En caso de duda... no se aplica el Derecho extranjero (a propósito de la SAP Murcia de 28 de febrero de 2023)”, *La Ley*, nº 10356, Sección Comentarios de jurisprudencia, 26 septiembre 2023.
- L.A. PÉREZ MARTÍN, “Interpretación del orden público internacional en el Derecho de sucesiones de la Mudawana 2004 en una sociedad inclusiva multicultural”, en M.D. CERVILLA GARZÓN/I. ZURITA MARTÍN (DIR.), *Identidad islámica y orden público en una sociedad inclusiva*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2023, pp. 533-545.

- J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “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”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 1, 2023, pp. 1030-1038.
- J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Aplicación de la norma española de conflicto de leyes interno para determinar el régimen económico matrimonial”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 2, 2023, pp. 1301-1308.
- S.A. SÁNCHEZ LORENZO, “Alegación y prueba del Derecho extranjero en el procedimiento de inscripción en los registros mercantil y de la propiedad”, *AEDIPr*, t. XXIII, 2023, pp. 23-59.
- F. SARTORI, “Sull’ammissibilità di un’eterointegrazione tra legge straniera e *lex fori* in materia di risarcimento del danno non patrimoniale”, *RDIPP*, LIX, 2, 2023, pp. 314-336.
- P. SCHOLZ, “Pflichtteil und ordre public (OGH, und BGH, S. 312 und S. 316)”, *IPRax*, 2023, 3, pp. 273-279.
- L. VIELLECHNER, “Die Anwendbarkeit der Grundrechte im Internationalen Privatrecht: Zur Methodik der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die Kinderehe”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 87, 4, 2023, pp. 748-765.
- M. WEBER, “Die amtswegige Ermittlung fremden Rechts gemäß §§2-4IPRG”, en T. GARBER (ED.), *Festschrift Matthias Neumayr*, vol. 1, Wien, Manz, 2023, pp. 919-930.
- A.S. ZIMMERMANN, “Kriegskollisionsrecht: Ein Beitrag zum international-privatrechtlichen Umgang mit Gebietseroberungen”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 87, 3, 2023, pp. 465-496.

Eficacia extraterritorial de decisiones

- A. DREYZIN DE KLOR, “Proyecto de convenio bilateral. Modelo para el mutuo reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, transacciones judiciales y documentos públicos entre Estados de la comunidad hispano-luso-americana y filipina: ¿Cómo facilitar la eficacia de las decisiones extranjeras?”, *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho internacional*, n° 26, 2023, pp. 85-93.
- M. FARINA, “I procedimenti per il riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni straniere nella recente riforma del processo civile in Italia”, *RDIPP*, LIX, 1, 2023, pp. 65-91.
- M. FERLING, *Digitale Information als Kreditsicherheit: Unternehmensfinanzierung der Zukunft?*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2023.
- M. GRASSI, “La portata dell’obbligo di verifica del rispetto del diritto all’equo processo ai fini del riconoscimento e dell’esecuzione delle sentenze straniere: considerazioni a margine della sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo nel caso Dolenc c. Slovenia”, *Rivista di diritto internazionale*, 106, 2, 2023, pp. 463-475.
- L. KOPCZYŃSKI, *Urteilsanerkennung unter Gegenseitigkeitsvorbehalt. Zur Vereinbarkeit von Reziprozitätserfordernissen bei der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile mit der EMRK*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2023.
- R. MONICO, “La Corte di Cassazione italiana si pronuncia sulla riconoscibilità in Italia di una sentenza di merito straniera preceduta dall’emissione di un freezing order: riflessioni a margine dell’ordinanza del 16 settembre 2021 n. 25064”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 2, 2023, pp. 1287-1300.
- H. MUIR WATT, “Exequatur sur exequatur vaut parfaitement - CJUE, 4 a rit 2022, aff. C-568/20”, *Revue critique de droit international privé*, 2023-1, pp. 135-153.

Ley aplicable al proceso con elemento extranjero y asistencia judicial internacional

- U. ALEOTTI, “Free Movement of Lawyers between the European Union and the United Kingdom”, *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, n° 2, 2023, pp. 195-215.

- A. ANTHIMOS/M. REQUEJO ISIDRO (EDS.), *The European service regulation: a commentary*, Cheltenham, England, Edward Elgar Publishing, 2023.
- K. BRANOVITSKIY, *Rechtliches Gehör bei grenzüberschreitenden Gerichtsverfahren im digitalen Zeitalter*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2023.
- A. CARRATTA, “La riforma del processo civile nella prospettiva del diritto processuale civile internazionale”, *Rivista di diritto internazionale*, 106, 4, 2023, pp. 915-959.
- B. CHASTANG REYES, “El concepto de órgano jurisdiccional a efectos del art. 267 TFUE. Las Conclusiones de la Abogada General Ácapeta en el asunto C-115/22, NADA”, *La Ley Unión Europea*, nº 118, 2023.
- M.C. CRESPO MORA, “Falta de transparencia de la cláusula contractual de honorarios que tarifica los servicios de abogado por hora: Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de enero de 2023 as. C-395/21: Caso DV contra MA”, *La Ley Unión Europea*, nº 113, 2023.
- M.V. CUARTERO RUBIO, “Algunas reflexiones sobre el acceso a la justicia en Derecho internacional privado”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 75, 2, 2023, pp. 257-290.
- D. CUENCA PINKERT, “Un estudio comparado sobre el reembolso de gastos extraprocerales de asistencia letrada”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 1, 2023, pp. 297-312.
- E. D’ALESSANDRO, “From public to private litigation funding: Private funding by commercial litigation funders”, *Actualidad civil*, nº 7-8, 2023.
- D. DRAGUIEV, *Interim measures in cross-border civil and commercial disputes: interim relief proceedings in international litigation and arbitration*, Cham, Springer, 2023.
- N. ELSNER/H. DETERS, “Postzustellung im Parteibetrieb nach der EuZustVO – das Gericht als Übermittlungsstelle”, *IPRax*, 2023, 2, pp. 146-148.
- G. ESTEBAN DE LA ROSA, “Política europea sobre cooperación judicial civil transfronteriza y Derecho Internacional Privado europeo”, en R. RUEDA VALDIVIA (DIR.), *Nuevos horizontes de la movilidad internacional de personas en el siglo XXI. Libro homenaje a la profesora Mercedes Moya Escudero*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 337-352.
- A. GASCÓN MARCÉN, “El impulso para la regulación internacional del acceso transfronterizo a las pruebas electrónicas y los derechos humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 1, 2023, pp. 385-402.
- T. KERSTGES, *Der räumliche Anwendungsbereich der Berufsrechtsnorm: Zugleich ein Beitrag zum Internationalen Öffentlichen Recht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2023.
- O.L. KNÖFEL, “Rechtshilfe für pre-trial discovery in Deutschland!”, *IPRax*, 2023, 4, pp. 360-370.
- C. KRAPFL, “Das Aus für US-amerikanische discovery Maßnahmen zur Unterstützung internationaler Schiedsverfahren”, *IPRax*, 2023, 4, pp. 404-406.
- V.J. LANA ARCEIZ, “Indefensión y cooperación judicial internacional. Patologías en la notificación de documentos judiciales entre España y Suiza”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 2, 2023, pp. 1237-1257.
- J. LANDBRECHT, *Rechtssprachliche Kommunikation: im Kontext von Zivilrecht, EU-Recht, Rechtsvergleichung und schiedsrichterlichem Verfahren*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2023.
- J.C. LLOPIS BENLLOCH, “El documento notarial electrónico”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 1, 2023, pp. 1090-1107.
- N. MARCHAL ESCALONA, “La notificación electrónica en el Espacio Judicial Europeo. Retos y problemas”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 2, 2023, pp. 736-766.
- M. MILLS, “Les délais de prescription et la dichotomie substance/procédure: une occasion manquée”, *Revue critique de droit international privé*, 2023-1, pp. 39-52.
- G. MORENO CORDERO, “La justicia adversarial frente a las nuevas tendencias en la resolución alternativa de daños masivos a los consumidores. El ajuste al modelo español”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 1, 2023, pp. 666-688.
- D. NITSCHMANN, “Die Auswirkungen des Brexits auf den deutsch-britischen Zivilrechtsverkehr”, *IPRax*, 2023, 5, pp. 455-458.
- D. NITSCHMANN, *Der Zustellungsverkehr mit dem Vereinigten Königreich: eine Studie unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsentwicklungen seit dem Brexit*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2023.

- N. NOMS HEREDIA, “Estimación judicial del daño y costas procesales en litigios ‘antitrust’: Sentencia del Tribunal de Justicia 2ª 16 de febrero de 2023, as. C-312/2021: Tráficos Manuel Ferrer, S.L., D. Ignacio y Daimler, AG.”, *La Ley Unión Europea*, nº 117, 2023.
- C. NOVI, “Diritto a una tutela giurisdizionale effettiva e competenza della Corte di giustizia dell’Unione europea in materia di decisioni che prevedono misure restrittive nei confronti di persone fisiche o giuridiche”, *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, nº 3, 2023, pp. 488-507.
- X. ORBEGOZO MIGUEL, “Embargo preventivo y declaración de avería gruesa. A propósito del incidente del buque Ever Given”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 1, 2023, pp. 724-737.
- T. PFEIFFER, “Judicial Presumptions: Finding of Facts or Application of Law? The characterization of so-called factual presumptions in private international law”, *IPRax*, 2023, 3, pp. 217-220.
- K.O. RINCK, *Streuschadensbekämpfung in Anwendung der Cy-Pres-Doktrin: Ein Vorschlag auf rechtsvergleichender Basis zur Umsetzung der Verbandsklagerichtlinie in das deutsche Recht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2023.
- S. RODIN, “Normativa nacional que implica que el consumidor haya de realizar, ante un profesional una gestión antes de acudir a la vía judicial para que no se le impongan las costas del procedimiento judicial: TJ, Sala Cuarta, S 13 Jul. 2023. Asunto C-35/22: Cajasur Banco,S.A.”, *La Ley Unión Europea*, nº 117, 2023.
- A. ROHR, “El rol de la autoridad central en la cooperación jurídica internacional en materia civil: una actriz fundamental para el acceso a la justicia transnacional y la formación de sus normas”, *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho internacional*, nº 26, 2023, pp. 175-189.
- H. ROTH, “Die ‘Entscheidungserheblichkeit’ der Vorlagefrage nach Art. 267 AEUV (EuGH, verbundene Rs. C- 208/20 und Rs. C-256/20, S. 57)”, *IPRax*, 2023, 1, pp. 8-10.
- R.A. SCHÜTZE, “Die Prozesskostensicherheitsverpflichtung englischer Kläger vor österreichischen Gerichten”, *IPRax*, 2023, 5, pp. 459-460.
- R.A. SCHÜTZE, “Die Befreiung englischer Kläger von der Verpflichtung zur Stellung einer Prozesskostensicherheit nach dem Europäischen Niederlassungsabkommen”, *IPRax*, 2023, 6, pp. 523-524.
- J. SIGÜENZA LÓPEZ, “El nuevo juicio verbal previsto en el proyecto de ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia y los estándares europeos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 2, 2023, pp. 962-983.
- J. SIGÜENZA LÓPEZ, “La justicia como límite de la cosa juzgada”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 2, 2023, pp. 984-1003.
- O. SPINEANU MATEI, “Apreciación del carácter abusivo de las cláusulas insertas en un contrato de prestación de servicios jurídicos concluido entre un abogado y un consumidor: TJ, Sala Cuarta, S 12 Ene. 2023. Asunto C-395/21: D.V. y M.A.”, *La Ley Unión Europea*, nº 113, 2023.
- E. TUNA, *Musterfeststellungsverfahren von Verbraucherverbänden im Zusammenspiel mit europäischen und deutschen Grundprinzipien des Prozessrechts*, Berlin, Duncker & Humblot, 2023.
- A.E. VILLALTA VIZCARRA, “La Cooperación judicial internacional en materia civil”, *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho internacional*, nº 26, 2023, pp. 257-274.
- N. WAHL, “Norma procesal civil nacional en virtud de la cual en caso de estimación parcial de las pretensiones, cada parte abonará sus propias costas y la mitad de las costas comunes: TJ, Sala, Sala Segunda, S 16 Feb. 2023. Asunto C-312/21: Tráficos Manuel Ferrer”, *La Ley Unión Europea*, nº 117, 2023.

Derecho de los negocios internacionales

- P. ACCONCI, *Investimenti stranieri sostenibili: diritto e governance internazionale e dell’Unione europea*, Napoli, Editoriale scientifica, 2023.
- C. AGOUÉS MENDIZABAL, “El derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos en función de sus convicciones religiosas puede justificar restricciones a la libertad de establecimiento: Sentencia del Tribunal de Justicia 2 de febrero de 2023, as. C-372/21: Freikirche der Siebenten-Tags-Adventisten in Deutschland KdöR”, *La Ley Unión Europea*, nº 113, 2023.

- A. ALVARES-GARCIA JÚNIOR, “Aspectos jurídicos de la ecomoneda, la nueva moneda virtual amiga del medioambiente”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 2, 2023, pp. 110-140.
- J.J. ÁLVAREZ RUBIO, “Una propuesta internacional privatista de gobernanza empresarial para la estrategia de integración de la sostenibilidad y la debida diligencia en derechos humanos”, en M.C. MARULLO/L. SALES PALLARÉS/F.J. ZAMORA CABOT (DIR.), *Empresas transnacionales, derechos humanos y cadenas de valor: nuevos desafíos*, Madrid, Colex, 2023, pp. 24-44.
- B. ANGLÈS JUANPERE, “La justicia europea sentencia que la regulación española del ‘Modelo 720’ vulnera la libre circulación de capitales: Sentencia del Tribunal de Justicia 27 de enero de 2022, asunto C-788/19: Comisión / España”, *La Ley Unión Europea*, nº 112, 2023.
- I. ANTÓN JUÁREZ (DIR.), *Cuestiones actuales del Derecho de la Moda*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2023.
- L. ARENAL LORA, “Limitaciones y alcance de la responsabilidad de las empresas proveedoras de servicios en el discurso de odio online. El caso de Meta en la incitación al genocidio rohingya”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 2, 2023, pp. 141-166.
- G. BAMODU, “Progressive harmonisation of international trade law in Africa: the role of UNCITRAL”, en R. GULATI/T. JOHN/B. KÖHLER (EDS.), *The Elgar Companion to UNCITRAL*, Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing, 2023, pp. 81-98.
- A.K. BAHRAMIAN, *Das EU-Lieferkettengesetz (CS3D): rechtliche Analyse und Herausforderungen für die Afrikastrategie mit Fokus auf Südafrika*, Baden-Baden, Tectum Verlag, 2023.
- M. BEILNER, *Digitales Bargeld: Eine rechtliche Untersuchung zur Einführung einer Retail Central Bank Digital Currency im Euroraum*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2023.
- M. BELLIDO MENGUAL, “Las reglas uniformes para las operaciones comerciales digitales (URDTT): un nuevo hito, en el tiempo del covid-19, del proceso de digitalización del comercio internacional”, en M.J. GUERRERO LEBRÓN/L. ALVARADO HERRERA (DIR.), *El Derecho mercantil y la pandemia: algunos problemas del pasado, la crisis coyuntural y las perspectivas futuras: libro homenaje a Agustín Madrid Parra*, Madrid, Colex, 2023, pp. 517-531.
- L. BÖSE, *Das Übereinkommen zur Beendigung bilateraler Investitionsschutzverträge zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union: das innereuropäische Investitionsschutzrecht im Wandel*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2023.
- J.-C. BONICHOT, “Libertad de circulación de capitales; obligación de información sobre bienes o derechos poseídos en otros Estados miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo (EEE)
- TJ, Sala Primera, S 27 Ene. 2022.Asunto C-788/19: Comisión / España”, *La Ley Unión Europea*, nº 112, 2023.
- E. BRANDENBURG, “Der Einfluss Josef Kohlers auf die Entstehung des deutschen Lauterkeitsrechts im 19. Jahrhundert”, *Zeitschrift für geistiges Eigentum*, 15, 2, 2023, pp. 192-216.
- P. BUTLER, “UNCITRAL and MSMÉs: an enduring and successful marriage”, en R. GULATI/T. JOHN/B. KÖHLER (EDS.), *The Elgar Companion to UNCITRAL*, Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing, 2023, pp. 377-391.
- A.O. CÁMARA LARGO/A.I. MOZO ROBLES, “Payment for Order Flow: ¿del caso Gamestop a la reforma de MiFID?”, *La Ley*, nº 10329, Sección Tribuna, 17 julio 2023.
- S. CAÑAMARES ARRIBAS, “Libertad de establecimiento y subvenciones a colegios confesionales en la Unión Europea: Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de febrero de 2023 (Asunto C-372/21)”, *La Ley Unión Europea*, nº 112, 2023.
- M. CARDONA VALLÈS/B. STEIBLE, “La expansión de la jurisdicción extraterritorial del Estado en el ámbito del control sobre la actividad extraterritorial de las empresas”, en M.C. MARULLO/L. SALES PALLARÉS/F.J. ZAMORA CABOT (DIR.), *Empresas transnacionales, derechos humanos y cadenas de valor: nuevos desafíos*, Madrid, Colex, 2023, pp. 237-260.
- M. CARNEIRO ROLAND/M. ROSADO DE SÁ RIBEIRO, “La búsqueda de la responsabilidad empresarial con respecto a los derechos humanos en la cadena de suministro: el caso del Proyecto de ley brasileño 572/2022”, en M.C. MARULLO/L. SALES PALLARÉS/F.J. ZAMORA CABOT (DIR.), *Empresas*

- transnacionales, derechos humanos y cadenas de valor: nuevos desafíos*, Madrid, Colex, 2023, pp. 455-478.
- L.G. CASTELLANI, “UNCITRAL texts on electronic commerce”, en R. GULATI/T. JOHN/B. KÖHLER (EDS.), *The Elgar Companion to UNCITRAL*, Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing, 2023, pp. 512-524.
- G. CERQUEIRA, “Les chambres commerciales internationales de Paris”, *Revue internationale de droit comparé*, nº 2, 2023, pp. 345-380.
- A. CHONG/M. YIP, *Singapore private international law: commercial issues and practice*, Oxford, Oxford University Press, 2023.
- B. CHOUDHURY (ED.), *The UN guiding principles on business and human rights: a commentary*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2023.
- A. CLAICI/A. KOMNINOS/D. WAELBROECK, *The Transformation of EU Competition Law*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer Law International, 2023.
- J. CRUZ ÁNGELES, “Los guardianes de acceso al metaverso. (Re)pensando el Derecho de la competencia de la Unión Europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 1, 2023, pp. 275-296.
- J. CRUZ ÁNGELES, “Las transferencias de datos a través del Metaverso a la luz de los últimos acuerdos (UE - EE.UU.). El fenómeno ‘tú a Londres y yo a California’”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 2, 2023, pp. 251-292.
- J. CUAIRÁN GARCÍA, “Obligaciones en materia de blanqueo de capitales de los proveedores de servicios de criptoactivos tras la aprobación del Reglamento (UE) ‘TFR’ 2023/1113”, *La Ley*, nº 10327, Sección Tribuna, 13 julio 2023.
- G. CUNIBERTI, “Précisions autour du règlement Bruxelles I bis: domaine de la compétence exclusive en matière de validité des inscriptions sur les registres publics l’article 24, § et modalités de la signification du certificat prévu par le texte l’article 531 - Civ. 1re, 11 janv. 2023, nº 21-17.092”, *Revue critique de droit international privé*, 2023-2, pp. 435-443.
- I. DAMJANOVIC, *The European Union and international investment law reform: between aspirations and reality*, Cambridge, Cambridge University Press, 2023.
- T. DE LA QUADRA SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, “La regulación como modalidad genérica de intervención pública. La regulación en la sociedad digital (Transformaciones en el Derecho público y privado)”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 2, 2023, pp. 361-377.
- B. DE LA VEGA JUSTRIBÓ, “Sostenibilidad y derechos humanos: hacia la responsabilidad empresarial por incumplimiento de la diligencia debida”, en M.C. MARULLO/L. SALES PALLARÉS/F.J. ZAMORA CABOT (DIR.), *Empresas transnacionales, derechos humanos y cadenas de valor: nuevos desafíos*, Madrid, Colex, 2023, pp. 157-166.
- I. DEL GUAYO CASTIELLA, *Régimen jurídico de los gasoductos e hidroductos internacionales en la Unión Europea y en España*, Madrid, Marcial Pons, 2023.
- P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Reglamento General de Protección de Datos: Coordinación entre la aplicación pública y la aplicación privada”, *La Ley Unión Europea*, nº 112, 2023.
- P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Ventas y mercados en línea en el nuevo Reglamento sobre seguridad de los productos”, *La Ley Unión Europea*, nº 116, 2023.
- P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Redes sociales y datos personales: bases jurídicas para el tratamiento e implicación de las autoridades de defensa de la competencia”, *La Ley Unión Europea*, nº 117, 2023.
- P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Novedades en la regulación de los contratos en línea en la Directiva (UE) 2023/2673”, *La Ley Unión Europea*, nº 120, 2023.
- J. DRÖGEMÜLLER, *Blockchain-Netzwerke und Krypto-Token im Internationalen Privatrecht*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2023.
- K. DUDEN, *Digitale Sachherrschaft*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2023.
- T.W. DORNIS, “Das Recht am Algorithmus”, *Zeitschrift für geistiges Eigentum*, 15, 2, 2023, pp. 154-191.
- M.A. ELIZALDE CARRANZA, “La legalidad de las medidas comerciales para la protección de los derechos humanos en el régimen internacional de comercio”, en M.C. MARULLO/L. SALES PALLARÉS/F.J. ZAMORA CABOT (DIR.), *Empresas transnacionales, derechos humanos y cadenas de valor: nuevos desafíos*, Madrid, Colex, 2023, pp. 307-332.

- J.E. ESTEVE MOLTÓ, “Pillaje de recursos naturales en el contexto de conflictos armados y responsabilidades empresariales”, en M.C. MARULLO/L. SALES PALLARÉS/F.J. ZAMORA CABOT (DIR.), *Empresas transnacionales, derechos humanos y cadenas de valor: nuevos desafíos*, Madrid, Colex, 2023, pp. 379-400.
- É. FARNOUX, “Les cryptomonnaies: l’impossible régime juridique national? Une approche de droit privé”, *Revue internationale de droit comparé*, nº 2, 2023, pp. 437-458.
- A. FENECH ET AL., “Commentary on the Beijing convention on the international effects of judicial sales of ships”, *European Transport Law*, 58, 2, 2023, pp. 139-157.
- M. FENWICK/T. JOUBERT/S. VAN WYK/E.P.M. VERMEULEN, “ESG as a business model for small and medium-sized enterprises”, en R. GULATI/T. JOHN/B. KÖHLER (EDS.), *The Elgar Companion to UNCITRAL*, Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing, 2023, pp. 392-409.
- M. FERLING, *Digitale Information als Kreditsicherheit: Unternehmensfinanzierung der Zukunft?*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2023.
- Z. FERNÁNDEZ CABALLERO, “El traslado del domicilio social y la exención de las plusvalías latentes. Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 noviembre 2022, asunto C 414/21: VP Capital NV”, *La Ley Unión Europea*, nº 112, 2023.
- C.R. FERNÁNDEZ LIESA, “Obligaciones del Estado y de la empresa en materia de debida diligencia”, en M.C. MARULLO/L. SALES PALLARÉS/F.J. ZAMORA CABOT (DIR.), *Empresas transnacionales, derechos humanos y cadenas de valor: nuevos desafíos*, Madrid, Colex, 2023, pp. 219-236.
- A. FERNÁNDEZ PÉREZ (COORD.), *El Derecho internacional privado ante la(s) crisis de la globalización: III Foro europeo de Derecho internacional privado*, Las Rozas, Navarra, Aranzadi, 2023.
- J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Crisis de suministro y refuerzo del ecosistema europeo de semiconductores: la Ley Europea de Chips de 2023”, *La Ley Unión Europea*, nº 117, 2023.
- H. FLEISCHER/P. MANKOWSKI (EDS.), *Kommentar zum Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten zur Vermeidung von Menschenrechtsverletzungen in Lieferketten (Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz)*, München, C.H. Beck, 2023.
- G. FROSIO/A. O’DWYER, “Art in an Age of Non-Fungible Tokens: Authenticity, Value, and Counterfeit (October 19, 2023)”, en E. BONADIO/C. SGANGA (EDS.), *Copyright, Blockchain and NFTs* (Edward Elgar, forthcoming), disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=> .
- M. GALVÍN, “La digitalización de la *Lex Mercatoria* y la *Lex Cryptographya*”, en A. FILLOL MAZO/R.D.PÉREZ CALLE (COORD.), *Un mundo en aceleración: las ciencias jurídicas, económicas y sociales ante los retos del siglo XXI*, Madrid, Dykinson, 2023, pp. 517-531.
- D. GARCÍA GUERRERO, “Problemática de la clasificación arancelaria de las mercancías en la Unión Europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 2, 2023, pp. 403-419.
- S. GASCHÉ, *Responsible trading in raw materials: regulatory challenges of international trade in raw materials*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2023.
- E. GÓMEZ VALENZUELA, “Los medios de pago en el Derecho del comercio internacional: especial referencia al crédito documentario”, en A. FILLOL MAZO/R.D.PÉREZ CALLE (COORD.), *Un mundo en aceleración: las ciencias jurídicas, económicas y sociales ante los retos del siglo XXI*, Madrid, Dykinson, 2023, pp. 301-319.
- P.M. GONZÁLEZ JIMÉNEZ, “La utilidad del poder de mercado en la determinación de la naturaleza jurídica de los servicios prestados por las plataformas digitales”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 2, 2023, pp. 489-515.
- N. GOÑI URRIZA, *La libre circulación de servicios en la Unión Europea: El régimen de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios y su aplicación por los tribunales españoles*, Madrid, LA LEY Soluciones Legales, S.A., 2023.
- C. GÓRRIZ LÓPEZ, “Modificación legislativa para simplificar y racionalizar el control de las concentraciones comunitarias”, *La Ley Unión Europea*, nº 115, 2023.
- V.L. GUTIÉRREZ CASTILLO, “Estudio del primer ecosistema con personalidad jurídica en Europa: análisis a luz de la obligación internacional de proteger y del Derecho comparado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 2, 2023, pp. 578-601.

- B. HEIDERHOFF/I. QUEIROLO (ED.), *EU and private international law: trending topics in contracts, successions and civil liability*, Napoli, Editoriale scientifica, 2023.
- M. HERBOSCH, “Contracting with Artificial Intelligence: A Comparative Analysis of the Intent to Contract”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 87, 4, 2023, pp. 672-706.
- C. HERRERO SUÁREZ, “La recuperación de las preocupaciones estructurales. La sentencia Towercast y la vuelta de Continental Can”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 2, 2023, pp. 629-649.
- E. HERRERO URTUETA, “La consolidación de la *rebus sic stantibus* a través de los principios UNIDROIT”, en M.J. GUERRERO LEBRÓN/L. ALVARADO HERRERA (DIR.), *El Derecho mercantil y la pandemia: algunos problemas del pasado, la crisis coyuntural y las perspectivas futuras: libro homenaje a Agustín Madrid Parra*, Madrid, Colex, 2023, pp. 533-549.
- D. IGLESIAS MÁRQUEZ, “La protección de las personas defensoras en el marco internacional de empresas y derechos humanos”, en M.C. MARULLO/L. SALES PALLARÉS/F.J. ZAMORA CABOT (DIR.), *Empresas transnacionales, derechos humanos y cadenas de valor: nuevos desafíos*, Madrid, Colex, 2023, pp. 333-358.
- B.S. JIMÉNEZ-GÓMEZ, “La tecnología de registro distribuido en los mercados financieros. El experimento de la Unión Europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 2, 2023, pp. 665-678.
- B.S. JIMÉNEZ-GÓMEZ, “Los principios de Unidroit sobre activos digitales: entre el Derecho mercantil y el Derecho internacional privado”, *AEDIPr*, t. XXIII, 2023, pp. 269-312.
- U. KISCHEL/M. RODI (EDS.), *Driving without a Driver: Autonomous Driving as a Legal Challenge. Proceedings of the 38th Congress of the Society of Comparative Law in Tübingen, September 29 to October 1, 2022*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2023.
- L. KLEIN/M.J. MUÑOZ TORRES/M.Á. FERNÁNDEZ IZQUIERDO, “El consentimiento, libre, previo e informado para la gestión sostenible y basada en los derechos humanos de los proyectos de desarrollo”, en M.C. MARULLO/L. SALES PALLARÉS/F.J. ZAMORA CABOT (DIR.), *Empresas transnacionales, derechos humanos y cadenas de valor: nuevos desafíos*, Madrid, Colex, 2023, pp. 401-434.
- B. KÖHLER, “The CISG in the age of sustainable supply chains”, en R. GULATI/T. JOHN/B. KÖHLER (EDS.), *The Elgar Companion to UNCITRAL*, Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing, 2023, pp. 339-355.
- M.A. KUMIN, “Medida nacional que obliga a una entidad de crédito a poner fin a las relaciones de negocios o a no entablar tales relaciones con no nacionales: TJ, Sala Primera, S 2 Mar. 2023. Asunto C-78/21: AS PrivatBank, A, B, Unimain Holdings LTD y Finanšu un kapitāla tirgus komisija”, *La Ley Unión Europea*, nº 115, 2023.
- K. LIGETI/M. LUCHTMAN/J. VERVAELE (EDS.), *EU enforcement authorities: punitive law enforcement in a composite legal order*, London, Hart Publishing, 2023.
- J.C. LLOPIS BENLLOCH, “El documento notarial electrónico”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 1, 2023, pp. 1090-1107.
- P. LLUESMA RODRIGO, “Restricción injustificada a la libre circulación de capitales. Trato fiscal desigual de los hedge fund o fondos no armonizados no residentes respecto a los fondos de inversión libre comparables residentes en España: Sentencia del Tribunal de Supremo, Sala de lo Contencioso, de 5 de abril de 2023 (recurso 7260/2021)”, *La Ley Unión Europea*, nº 118, 2023.
- J. LOZANO HERNÁNDEZ, “Lecciones del Covid-19. El incumplimiento previsible como una alternativa viable frente a la fuerza mayor y hardship del Art. 79 CISG”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 1, 2023, pp. 470-490.
- A. MADRID PARRA, “Aproximación inicial a los Reglamentos Europeos sobre servicios y mercados digitales”, *La Ley Unión Europea*, nº 110, 2023.
- N. MAGALLÓN ELOSEGUI, “La heterogeneidad de los mecanismos de implementación de diligencia debida empresarial como obstáculo en el respeto de los derechos humanos y el medioambiente”, *Revista Española de Empresas y Derechos Humanos*, nº 1, julio 2023, pp. 63-82.
- M.C. MALAGUTI, “Principios UNIDROIT a través de los laudos de arbitraje internacional de inversiones”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 1, Marzo 2023, pp. 10-23.

- C. MÁRQUEZ CARRASCO, “Todos los ojos puestos en Bruselas: las claves de la futura directiva sobre diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial”, *Revista Española de Empresas y Derechos Humanos*, nº 1, julio 2023, pp. 5-36.
- D. MARTÍNEZ CRISTÓBAL, “The legal protection of the ‘rebus sic stantibus’ clause in the current economic crisis scenario”, en A. FILLOL MAZO/R.D.PÉREZ CALLE (COORD.), *Un mundo en aceleración: las ciencias jurídicas, económicas y sociales ante los retos del siglo XXI*, Madrid, Dykinson, 2023, pp. 71-84.
- N. MCKERRACHER, “Danish Shipping and the UNCITRAL Convention on the International Effects of Judicial Sales of Ships”, *European Transport Law*, 58, 2, 2023, pp. 333-334.
- M. MEDINA ORTEGA, “La aceptación de activos digitales como garantía jurídica”, en A. FERNÁNDEZ PÉREZ (COORD.), *El Derecho internacional privado ante la(s) crisis de la globalización: III Foro europeo de Derecho internacional privado*, Las Rozas, Navarra, Aranzadi, 2023, pp. 209-218.
- P. MENDOZA MONTANO/F.A. GRAMAJO LUCAS, “The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods as reference to interpret or supplement Guatemalan law”, en R. GULATI/T. JOHN/B. KÖHLER (EDS.), *The Elgar Companion to UNCITRAL*, Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing, 2023, pp. 328-338.
- F. MONTANARO, *The European Union and international investment law: the two dimensions of an uneasy relationship*, Oxford, Hart Publishing, 2023.
- D.A. MORÁN BOVIO, “Covid-19 y contratación internacional”, en M.J. GUERRERO LEBRÓN/L. ALVARADO HERRERA (DIR.), *El Derecho mercantil y la pandemia: algunos problemas del pasado, la crisis coyuntural y las perspectivas futuras: libro homenaje a Agustín Madrid Parra*, Madrid, Colex, 2023, pp. 551-565.
- L. MORENO BLESÁ, “El impacto medioambiental de la obsolescencia programada en el tráfico jurídico externo: la actuación de las organizaciones internacionales en la sostenibilidad”, en *Globalización de la sostenibilidad: hoja de ruta para una sociedad saludable y sostenible*, Madrid, Dykinson, 2023, pp. 69-96.
- G. MORENO CORDERO, “De profesión, abogado: movilidad intraeuropea mediante el establecimiento o la prestación temporal u ocasional de un servicio en España”, en R. RUEDA VALDIVIA (DIR.), *Nuevos horizontes de la movilidad internacional de personas en el siglo XXI. Libro homenaje a la profesora Mercedes Moya Escudero*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 643-668.
- J.L. NEELS, *African principles on the law applicable to international commercial contracts*, Auckland Park (Johannesburg), UJ Press, 2023.
- M. NINO, “Land grabbing, empresas y derechos humanos”, en M.C. MARULLO/L. SALES PALLARÉS/F.J. ZAMORA CABOT (DIR.), *Empresas transnacionales, derechos humanos y cadenas de valor: nuevos desafíos*, Madrid, Colex, 2023, pp. 359-378.
- A. ORTEGA GIMÉNEZ, “El nuevo Marco de Privacidad para las transferencias internacionales de datos de carácter personal con los Estados Unidos”, *La Ley Privacidad*, nº 17, julio-septiembre 2023.
- A. ORTEGA GIMÉNEZ, “Derecho a indemnización por los daños y perjuicios causados por un tratamiento de datos en infracción del RGPD, tras la STJ de 4 de mayo de 2023”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 87, julio-septiembre 2023, pp. 85-107.
- P. OSTENDORF (HRSG.), *Internationale Wirtschaftsverträge: Exportkontrolle, Kartellrecht, Freistellung, Haftungsbeschränkung, Abtretungsverbote, Rechtswahl, Vertragsbeendigung, Streitbeilegung, Versicherung, internationale Liefer- und Anlagenbauverträge, Vertriebs- und Lizenzvereinbarungen uvm*, 3ª ed., München, C.H.Beck, 2023.
- C. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, “Extranjería y liberalización internacional del comercio de servicios”, en R. RUEDA VALDIVIA (DIR.), *Nuevos horizontes de la movilidad internacional de personas en el siglo XXI. Libro homenaje a la profesora Mercedes Moya Escudero*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 623-642.
- G. PALAO MORENO, “Hacia una regulación europea en materia de diligencia debida de las cadenas de valor empresariales: retos que suscita al Derecho Internacional privado”, en M.C. MARULLO/L. SALES PALLARÉS/F.J. ZAMORA CABOT (DIR.), *Empresas transnacionales, derechos humanos y cadenas de valor: nuevos desafíos*, Madrid, Colex, 2023, pp. 45-66.

- D. PALOMBO, “The Hague Rules on Business and Human Rights: reconciling business and human rights with arbitration?”, en R. GULATI/T. JOHN/B. KÖHLER (EDS.), *The Elgar Companion to UNCITRAL*, Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing, 2023, pp. 177-192.
- J.J. PARADA HOLGUÍN, *El Derecho Uniforme del Comercio Internacional: Su impacto en Colombia en el marco de los 40 años de la Convención de Viena de 1980*, Bogotá, Tirant lo Blanch, 2023.
- F.J. PASCUAL VIVES, “Empresas transnacionales y derechos humanos: técnicas empleadas para alcanzar consensos en materia de tutela judicial”, en M.C. MARULLO/L. SALES PALLARÉS/F.J. ZAMORA CABOT (DIR.), *Empresas transnacionales, derechos humanos y cadenas de valor: nuevos desafíos*, Madrid, Colex, 2023, pp. 193-218.
- D. PAUCIULO, *La promozione dello sviluppo sostenibile negli accordi internazionali sugli investimenti esteri*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2023.
- R. PAZOS CASTRO, “El principio de subsidiariedad en la normativa europea para un mercado único digital”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 2, 2023, pp. 801-832.
- S. PEARI, “Negotiable instruments law: two layers of harmful discrepancy”, en R. GULATI/T. JOHN/B. KÖHLER (EDS.), *The Elgar Companion to UNCITRAL*, Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing, 2023, pp. 462-479.
- M. DEL P. PERALES VISCASILLAS, “Contratos mercantiles internacionales y covid-19”, en M.J. GUERRERO LEBRÓN/L. ALVARADO HERRERA (DIR.), *El Derecho mercantil y la pandemia: algunos problemas del pasado, la crisis coyuntural y las perspectivas futuras: libro homenaje a Agustín Madrid Parra*, Madrid, Colex, 2023, pp. 567-583.
- A. PÉREZ PUEYO, “Algunas reflexiones acerca de los cambios en la regulación europea y española sobre morosidad en las operaciones comerciales”, *La Ley Unión Europea*, nº 112, 2023.
- N. PIÇARRA, “Las subvenciones públicas para colegios confesionales privados pueden estar reservadas a las Iglesias y asociaciones religiosas reconocidas por el Estado miembro en cuestión: TJ, Sala Tercera, S 2 Feb. 2023. Asunto C-372/21: Freikirche der Siebenten-Tags-Adventisten in Deutschland”, *La Ley Unión Europea*, nº 112, 2023.
- M. RAWAT/K. DAMODARAN RAJU, “The role of the UNCITRAL Model Law in reforming procurement mechanisms: a case study of India”, en R. GULATI/T. JOHN/B. KÖHLER (EDS.), *The Elgar Companion to UNCITRAL*, Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing, 2023, pp. 497-511.
- A.J. RECALDE CASTELLS, “¿Puede el derecho contribuir a evitar o reducir los abusos de las empresas? No lo fies a los ejecutivos; preocúpate de los bienintencionados; cuida la seguridad jurídica”, en M.C. MARULLO/L. SALES PALLARÉS/F.J. ZAMORA CABOT (DIR.), *Empresas transnacionales, derechos humanos y cadenas de valor: nuevos desafíos*, Madrid, Colex, 2023, pp. 100-122.
- T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, “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”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 1, 2023, pp. 758-784.
- E. RODRÍGUEZ PINEAU/E. TORRALBA MENDIOLA, *Delimitación del Derecho aplicable en el Reglamento 2016/679: tutela jurídico privada de la protección de datos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.
- J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “La publicidad de l@s influencers”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 2, 2023, pp. 833-852.
- P. SÁEZ ÁLVAREZ, “La cláusula de fuerza mayor de la ICC en el contexto del covid-19”, en M.J. GUERRERO LEBRÓN/L. ALVARADO HERRERA (DIR.), *El Derecho mercantil y la pandemia: algunos problemas del pasado, la crisis coyuntural y las perspectivas futuras: libro homenaje a Agustín Madrid Parra*, Madrid, Colex, 2023, pp. 585-597.
- L. SCAFFIDI RUNCHELLA, “Il GDPR e la tutela del titolare dei dati personali fra public e private enforcement nelle ipotesi di trattamento transfrontaliero”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 2, 2023, pp. 898-919.
- U.G. SCHROETER, “The 1980 Vienna Sales Convention (CISG) as standard setter for or obstacle to international commercial law unification”, en R. GULATI/T. JOHN/B. KÖHLER (EDS.), *The Elgar Companion to UNCITRAL*, Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing, 2023, pp. 296-327.

- F. SEATZU/P. VARGIU, “Les agentes de notation de crédit et leurs activités de rating, un regard á travers le prisme du droit international public”, *Journal de droit international Clunet*, 2023-I, pp. 95-110.
- P. SOOKSRIPAISARNKIT, “Blockchain-based bills of lading and the UNCITRAL Model Law on Electronic Transferable Records: questions of compatibility”, en R. GULATI/T. JOHN/B. KÖHLER (EDS.), *The Elgar Companion to UNCITRAL*, Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing, 2023, pp. 525-540.
- L. SPAGNOLO, “Thinking, small and large: can the CISG help SMEs and if so, how?”, en R. GULATI/T. JOHN/B. KÖHLER (EDS.), *The Elgar Companion to UNCITRAL*, Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing, 2023, pp. 356-375.
- T. SUÁREZ RODRÍGUEZ, “Expropiación indirecta en los Tratados Bilaterales de Inversión latinoamericanos: la caja de Pandora de las controversias neerlandesas en la región”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 1, 2023, pp. 827-845.
- E.J. SWAN, *Cybercurrency Law: A Guide to Digital Asset Regulation Around the World*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer Law International, 2023.
- A.O. SYKES, *The law and economics of international trade agreements*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2023.
- A.J. TAPIA HERMIDA, “DORA. La Ley europea de resiliencia operativa digital del sector financiero. Reglamento (UE) 2022/2554”, *La Ley Unión Europea*, nº 113, 2023.
- A.J. TAPIA HERMIDA, “Primera aplicación de la ley de mercados digitales por la Comisión Europea: las designaciones de guardianes de acceso y la apertura de investigaciones de mercado el 6 de septiembre de 2023”, *La Ley Unión Europea*, nº 118, 2023.
- M.H. TEN WOLDE/K.C. HENCKEL, *Business and private international law in the EU*, 2ª ed., Zutphen, Paris legal publishers, 2023.
- J.J. TOLE MARTÍNEZ/A.C. VARGAS LAVERDE, “Empresas y derechos humanos en el conflicto armado colombiano: retos de la responsabilidad en la justicia transicional”, en M.C. MARULLO/L. SALES PALLARÉS/F.J. ZAMORA CABOT (DIR.), *Empresas transnacionales, derechos humanos y cadenas de valor: nuevos desafíos*, Madrid, Colex, 2023, pp. 435-454.
- E.C. TORRALBA MENDIOLA, “La aplicación de las leyes de policía contenidas en directivas de la Unión Europea. El ejemplo de la regulación de la cadena alimentaria”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 75, 1, 2023, pp. 137-160.
- P. VAN CLEYNENBREUGEL, *Droit matériel de l'Union européenne: libertés de circulation et marché intérieur*, Bruxelles, Larcier, 2023.
- A. VON ZIEGLER, “Proposal of the Government of Switzerland for possible future work on cross-border issues related to the judicial sale of ships”, *European Transport Law*, 58, 2, 2023, pp. 337-342.
- C. YUKINS/C. NICHOLAS, “The UNCITRAL Model Law on Public Procurement: potential next steps”, en R. GULATI/T. JOHN/B. KÖHLER (EDS.), *The Elgar Companion to UNCITRAL*, Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing, 2023, pp. 480-496.
- I. ZIEMELE, “Retransmisión transfronteriza de programas por satélite: el principio del Estado de emisión se aplica también al proveedor de paquetes vía satélite: TJ, Sala Primera, S 25 May. 2023. Asunto C-290/21: AKM y Canal+ Luxembourg Sàrl”, *La Ley Unión Europea*, nº 115, 2023.

Competencia judicial internacional y negocios internacionales

- F. BILTGEN, “Condiciones generales que pueden consultarse e imprimirse a partir de un enlace hipertexto mencionado en un contrato celebrado por escrito: TJ, Sala Séptima, S 24 Nov. 2022. Asunto C-358/21: Tilman SA / Unilever Supply Chain Company AG”, *La Ley Unión Europea*, nº 110, 2023.
- F. BILTGEN, “Competencia judicial en torno a la rescisión de un precontrato relativo a la futura celebración de un contrato de franquicia: TJ, Sala Séptima, S 14 Sep 2023. Asunto C-393/22: EXTÉRIA”, *La Ley Unión Europea*, nº 118, 2023.

- L.F. CARRILLO POZO, “Cláusula de prorrogación de la competencia en condiciones generales de la contratación. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 24 de noviembre de 2022, asunto C-358/21”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 2, 2023, pp. 1164-1175.
- C. DANDA, “The concept of the weaker party in direct actions against the insurer (EuGH, Rs. C-393/20, S. 69)”, *IPRax*, 2023, 1, pp. 24-27.
- P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Contratos de distribución exclusiva y pluralidad de demandados: Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de septiembre de 2023, as. C-832/21: Beverage City Polska”, *La Ley Unión Europea*, nº 118, 2023.
- P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Aplicación a los precontratos del fuero especial en materia contractual: Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de 2023, as. C-393/22, EXTÉRIA”, *La Ley Unión Europea*, nº 118, 2023.
- J. DUVENTÄSTER, *Vorprozessuale Prioritätssicherung: Rechtshängigkeitssperre durch vorprozessuale Streitbeilegungsverfahren im europäischen Zivilprozessrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2023.
- H. GAUDEMET-TALLON, “Privilège de nationalité de l’article 14 du code: conditions d’admission par le droit européen (règlement Bruxelles I bis) - Civ. 1, 29 juin 2022, no 21-11.722”, *Revue critique de droit international privé*, 2023-1, pp. 168-176.
- R. GEIMER, “Wahl der internationalen Zuständigkeit Deutschlands ohne (wirksame) Vereinbarung der örtlichen Zuständigkeit (LG Frankfurt a.M., S. 290)”, *IPRax*, 2023, 3, pp. 251-253.
- T. HARTLEY, *Civil Jurisdiction and Judgements in Europe: The Brussels I Regulation, the Lugano Convention, and the Hague Choice of Court Convention*, 2ª ed., Oxford, OUP, 2023.
- A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “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”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 1, 2023, pp. 403-421.
- M. HERRANZ BALLESTEROS, “Cuestiones a debate en torno a las cláusulas de jurisdicción. Retos y desafíos para una propuesta de reforma limitada del Artículo 25 del Reglamento Bruselas I (refundido)”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 2, 2023, pp. 602-628.
- S. HORN, *Vis attractiva contractus: Ausstrahlungswirkung von Verträgen im Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2023.
- J.G. HORRACH ARMO, “Régimen jurídico de las ‘órdenes conminatorias que casi impiden el recurso’ a la luz de la jurisprudencia del TJUE. El estado actual de las anti-suit injunctions en el marco del Reglamento nº 44/2001 y el Reglamento nº 1215/2012”, *La Ley Unión Europea*, nº 120, 2023.
- I. ILEŠIČS, “Competencia del órgano jurisdiccional ante el que se ha ejercitado la acción con respecto a los codemandados domiciliados fuera del Estado miembro del foro: TJ, Sala Quinta, 7 Sep. 2023. Asunto C-832/21: Beverage City Polska”, *La Ley Unión Europea*, nº 118, 2023.
- C. KOHLER, “In der Fehlhalde: Der EuGH beharrt auf der Mosaiklösung bei der Bestimmung der gerichtlichen Zuständigkeit im Fall der Verbreitung verletzender Inhalte im Internet (EuGH, Rs. C-251/20, S. 62)”, *IPRax*, 2023, 1, pp. 14-19.
- V.J. LANA ARCEIZ/J.L. PÉREZ DE AYALA BONELLI, “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”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 1, 2023, pp. 979-990.
- F. DE B. LANGELAAN OSSET, “A vueltas con los conocimientos de embarque y la competencia judicial internacional. Algunas observaciones sobre la cuestión en torno al auto de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 93/2019, de 5 de julio (secc. 28a)”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 2, 2023, pp. 1258-1286.
- V. LAZIĆ/P. MANKOWSKI, *The Brussels I-bis Regulation: interpretation and implementation*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2023.
- L. LUNDSTEDT, *Cross-Border Trade Secret Disputes in the European Union: Jurisdiction and Applicable Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2023.
- T. LUTZI/E. PIOVESANI/D. ZGRABLIĆ ROTAR (EDS.), *Jurisdiction Over Non-EU Defendants: Should the Brussels Ia Regulation be Extended?*, Oxford, Hart Publishing, 2023.

- M. MANDL, “Scheinbare und virtuelle Niederlassungen im Spiegel der Art. 7 Nr. 5 EuGVVO und Art. 19 Abs. 2 Rom I-VO”, *IPRax*, 2023, 5, pp. 440-454.
- S. MOCK/C. ILLETSCHKO, “Der allgemeine internationale Gerichtsstand bei Anlegerklagen gegen Organmitglieder internationaler Konzerne (OLG Innsbruck, S. 59)”, *IPRax*, 2023, 1, pp. 11-13.
- D. MOURA VICENTE, “The Role of the Brussels I-bis Regulation in European Private International Law and the Challenges Facing it”, *IPRax*, 2023, 3, pp. 221-226.
- J. OSTER, “Einstweilige Maßnahmen gegen grenzüberschreitende Online-Plattformen”, *IPRax*, 2023, 6, pp. 505-509.
- J. PEDEMONTÉ MARINO, “La unidad funcional de procedimientos y la consideración de la indefensión en el emplazamiento del demandado rebelde en el art. 34.2º del Convenio de Lugano II”, *La Ley Unión Europea*, nº 116, julio 2023.
- M. PIKA, “Auf dem Weg zu einem europäischen Schiedsverfahrensrecht oder zu außereuropäischen Schiedsorten? (EuGH, Rs. C-700/20, S. 280)”, *IPRax*, 2023, 3, pp. 238-242.
- Y. ROMERO MATUTE, “La competencia judicial de los tribunales españoles en el transporte marítimo. Análisis de la SAP Pontevedra n.º 40/2023 de 26 de enero de 2023”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 2, 2023, pp. 1309-1323.
- R. ROSSI, “Reflections on Choice-of-Court Agreements in Favour of Third States under Regulation (EU) No 1215/2012”, *RDIPP*, LIX, 3, 2023, pp. 579-605.
- S.A. SÁNCHEZ LORENZO, “Cláusulas de elección de fuero en contratos B2B contenidas en condiciones generales accesibles en una web mediante enlace hipertexto: Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de noviembre de 2022, asunto C-358/21: Tilman SA / Unilever Supply Chain Company AG”, *La Ley Unión Europea*, nº 110, 2023.
- F. ŠARANOVIĆ, *Freezing injunctions in private international law*, Cambridge, New York, NY, Port Melbourne, New Dehli, Singapore, Cambridge University Press, 2023.
- L.J. SCHMITZ, *Die Wirksamkeit von Rechtswahl und Gerichtsstandsvereinbarung: ein Beitrag zu Kohärenz und Systembildung im Kollisions- und Verfahrensrechts der Europäischen Union*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2023.
- A.K. SCHNYDER/M. SOGO (HRSG.), *Lugano-Übereinkommen (LugÜ) zum internationalen Zivilverfahrensrecht: Kommentar*, 2ª ed., Zürich, St. Gallen, Dike, 2023.
- D. SINDRES, “Nouvelles réflexions sur les clauses attributives de compétence optionnelles”, *Revue critique de droit international privé*, 2023-2, pp. 335-350.
- M. STÜRNER, “Krise und Zukunft der staatlichen Gerichtsbarkeit als Instrument der Streitbeilegung im internationalen Handel”, en A. PETERS/S. HOBE/E.-M. KIENINGER (HRSG.), *Abkehr vom Multilateralismus - Internationales Recht in Gefahr?*, Heidelberg, C.F. Müller, 2023, pp. 249-284.
- C. THOLE, “Hoheitlich erlangte Beweismittel und die Einordnung wettbewerbsrechtlicher Klagen als Zivilsache i.S.d. Art. 1 EuGVVO”, *IPRax*, 2023, 6, pp. 524-526.
- B. WÖSSNER, *Entscheidungskollisionen unter der Brüssel Ia-Verordnung: eine Untersuchung zu Litispendenz und Anerkennungsversagung, unter Einbeziehung der Schiedsgerichtsbarkeit*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2023.
- W. WURMNEST/C. WATERKOTTE, “Einstweiliger Rechtsschutz bei lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsanordnungen”, *IPRax*, 2023, 4, pp. 371-375.

Sociedades de capital y otras personas jurídicas

- R. ARENAS GARCÍA, “Las modificaciones societarias transfronterizas: de la marginalidad a la centralidad”, *La Ley Unión Europea*, nº 113, 2023.
- A.M. BALLESTEROS BARROS, *Ensayo de Derecho Internacional Privado de sociedades*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2023.
- A. BERGMANN ET AL. (HRSG.), *Unternehmensmobilität im EU-Binnenmarkt*, Berlin, De Gruyter, 2023.
- Q. BIAN, *Persönlichkeitsschutz juristischer Personen des Privatrechts im deutsch-chinesischen Vergleich*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2023.

- B. BOMBE, *Die Abgrenzung von Gesellschafts- und Insolvenzstatut im Lichte des Kornhaas-Urteils des EuGH*, Berlin, Duncker & Humblot, 2023.
- L.M. ESTEBAN RAMOS, “La fusión transfronteriza en el ámbito del Derecho Comunitario”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 2, 2023, pp. 378-402.
- H. FLEISCHER/S. KALSS/H.-U. VOGT (EDS.), *Aufsichtsrat – Verwaltungsrat – Beirat. Elfte deutsch-österreichisch-schweizerisches Symposium, Hamburg, 2.-3. Juni 2022*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2023.
- F. GIESHOIDT, *Die Besteuerung der Kommanditgesellschaft auf Aktien und ihrer Gesellschafter im internationalen Steuerrecht*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2023.
- C. GÓRRIZ LÓPEZ, “Ferrovial: fusión transnacional intracomunitaria de la matriz por una filial totalmente participada”, *La Ley Unión Europea*, nº 113, 2023.
- P. HAY, “Der US-Supreme Court erweitert die allgemeine Zuständigkeit für Klagen gegen auswärtige im Forumsstaat tätige Gesellschaften”, *IPRax*, 2023, 6, pp. 566-570.
- E. HEINRICH-PENDL, “Doppelspitze im Vorstand: Are Two Heads Better than One?”, *Die Aktiengesellschaft*, 2023, pp. 793-800.
- K.J. HOPT, “Le regard du comparatiste”, en F. DRUMMOND/L. D’AVOUT (EDS.), *Les transformations européennes du droit des sociétés*, Paris, Les Éditions Panthéon-Assas, 2023, pp. 195-204.
- F. KRATZLMEIER, *Die grenzüberschreitende Unternehmensrestrukturierung im europäischen Rechtsrahmen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2023.
- L.M. MIRANDA SERRANO, “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”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 1, 2023, pp. 610-648.
- M. REIMANN, “Der erneute Gefahr ‘exorbitanter’ Zuständigkeit amerikanischer Gerichte - und ihre Grenzen”, *IPRax*, 2023, 6, pp. 571-575.
- S. SCHWEMMER, “Deliktische Direktansprüche der Gläubiger einer insolventen Einzelgesellschaft gegen die ausländische Großmuttergesellschaft”, *IPRax*, 2023, 2, pp. 149-154.
- C. THOMALE/C. LUKAS, “Die scheinbritische Einpersonen-Limited”, *IPRax*, 2023, 2, pp. 162-168.
- J. WEITENSTEINER, *Person und Korporation: die Verfassungsrechte von juristischen Personen nach dem deutschen Grundgesetz und von corporations nach der US-Verfassung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2023.
- A. WILHELM, *Modulares Organisationsrecht: ein Perspektivwechsel im organisationsprivatrechtlichen Denken unter besonderer Berücksichtigung der sogenannten DAOs*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2023.

Contratos internacionales (I)

- A. BONOMI/M. LEHMANN/S. LALANI (EDS.), *Blockchain and private international law*, Leiden, Boston, Brill/Nijhoff, 2023.
- D. BUREAU/H. MUIR WATT, “Un contrat de coopération commerciale ne peut être régi par les Principes Unidroit choisis par les parties - Com. 16 nov. 2022, nº 21-17.338”, *Revue critique de droit international privé*, 2023-2, pp. 475-482.
- J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La Ley aplicable a los contratos internacionales en la historia de los conflictos de leyes”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 1, 2023, pp. 161-221.
- R. DARABI GHASEMI/A. REZAAE, “Feasibility of Applying Lex Mercatoria in Arbitration Based on Ex aequo et bono and Amiable Compositeur”, *International Law Review*, 40, 71, Fall 2023, pp. 163-200.
- A. D’ORNANO, “Sur la guerre en Ukraine: considérations de droit international privé”, *Revue critique de droit international privé*, 2023, 1, pp. 259 à 269.
- J. DRÖGEMÜLLER, *Blockchain-Netzwerke und Krypto-Token im Internationalen Privatrecht*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2023.
- P.A. DROESE, *Die Abwahl des UN-Kaufrechts aufgrund von Rechtsunsicherheit: eine Untersuchung und Bewertung ausgewählter Rechts (un) sicherheitsfaktoren bei der Anwendung des Übereinkom-*

- mens der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG)*, Berlin, Duncker & Humblot, 2023.
- P. FRANZINA, “La Cassazione muta indirizzo su Incoterms e luogo della consegna dei beni”, *RDIPP*, LIX, 2, 2023, pp. 290-313.
- M. GALVÍN, “La digitalización de la *Lex Mercatoria* y la *Lex Cryptographya*”, en A. FILLOL MAZO/R.D.PÉREZ CALLE (COORD.), *Un mundo en aceleración: las ciencias jurídicas, económicas y sociales ante los retos del siglo XXI*, Madrid, Dykinson, 2023, pp. 517-531.
- E. GÓMEZ VALENZUELA, “El consentimiento en el Derecho europeo transnacional”, en A. FILLOL MAZO/R.D.PÉREZ CALLE (COORD.), *Un mundo en aceleración: las ciencias jurídicas, económicas y sociales ante los retos del siglo XXI*, Madrid, Dykinson, 2023, pp. 355-372.
- A. HERNÁNDEZ-MENDOZA, “Viabilidad de los Contratos Legales Inteligentes en el Derecho Civil Peruano”, *Apunt. cienc. soc.*, 2023, 11(02), pp. 26-33.
- S. HORN, *Vis attractiva contractus: Ausstrahlungswirkung von Verträgen im Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2023.
- J.L. IRIARTE ÁNGEL, “Sanciones internacionales, contratación y derechos humanos”, en M.C. MARULLO/L. SALES PALLARÉS/F.J. ZAMORA CABOT (DIR.), *Empresas transnacionales, derechos humanos y cadenas de valor: nuevos desafíos*, Madrid, Colex, 2023, pp. 67-84.
- T. KINDT, *Transnationale Verträge im nationalen Recht: Theorie und Dogmatik transnationaler Ordnungsstrukturen am Beispiel von Musterverträgen im Finanzbereich*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2023.
- U. KISCHEL/M. RODI (EDS.), *Driving without a Driver: Autonomous Driving as a Legal Challenge. Proceedings of the 38th Congress of the Society of Comparative Law in Tübingen, September 29 to October 1, 2022*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2023.
- B.G. KÖHLER, “The CISG and Choice-of-Law Clauses”, *Transnational Litigation Blog*, 2023, disponible en <https://tlblog.org/the-cisg-and-choice-of-law-clauses/>.
- A. KRONENBERG, “Unliebsames Eingriffsrecht und tatsächliche Unmöglichkeit”, *IPRax*, 2023, 2, pp. 155-161.
- É. LENGART, “L’identification du juge compétent en matière de contrat de prestation de services sur le fondement de l’article 7-1-b) du règlement Bruxelles I bis - Com., 6 avril 2022, no 21-12.816”, *Revue critique de droit international privé*, 2023-1, pp. 153-168.
- J.C. LLOPIS BENLLOCH, “El documento notarial electrónico”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 1, 2023, pp. 1090-1107.
- K. LUGANI, “Die Rom I-VO und die Schiedsgerichte im österreichischen und deutschen Recht”, en T. GARBER (ED.), *Festschrift Matthias Neumayr*, vol. 1, Wien, Manz, 2023, pp. 851-864.
- M.C. MALAGUTI, “Principios UNIDROIT a través de los laudos de arbitraje internacional de inversiones”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 1, Marzo 2023, pp. 10-23.
- M. MANDL, “Scheinbare und virtuelle Niederlassungen im Spiegel der Art. 7 Nr. 5 EuGVVO und Art. 19 Abs. 2 Rom I-VO”, *IPRax*, 2023, 5, pp. 440-454.
- A. MERCHÁN MURILLO, “Aproximación a los *smart contracts* desde un punto de vista del Derecho internacional privado”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n° 18, febrero 2023, pp. 634-657.
- O. MEYER, “Das IPR der smart contracts”, en F. HEINDLER/K. HUBER/J. SCHACHERREITER (HRSG.), *Liber Amicorum Bea Verschaegen*, Wien, MANZ’sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2023, pp. 163-176.
- P. OSTENDORF (HRSG.), *Internationale Wirtschaftsverträge: Exportkontrolle, Kartellrecht, Freistellung, Haftungsbeschränkung, Abtretungsverbote, Rechtswahl, Vertragsbeendigung, Streitbeilegung, Versicherung, internationale Liefer- und Anlagenbauverträge, Vertriebs- und Lizenzvereinbarungen uvm*, 3ª ed., München, C.H.Beck, 2023.
- J.I. PAREDES PÉREZ, “Las sanciones económicas de la Unión Europea contra Rusia y Bielorrusia: una lectura en clave de Derecho internacional privado”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 75, 1, 2023, pp. 203-211.
- R. RUIZ RODRÍGUEZ, “Aplicación de la jurisprudencia *Wikingerhof* del TJUE sobre delimitación entre materia contractual y extracontractual a supuestos de infracción del secreto comercial”, en A.

- FERNÁNDEZ PÉREZ (COORD.), *El Derecho internacional privado ante la(s) crisis de la globalización: III Foro europeo de Derecho internacional privado*, Las Rozas, Navarra, Aranzadi, 2023, pp. 183-207.
- M.J. SÁNCHEZ CANO, “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”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 1, Marzo 2023, pp. 1052-1060.
- L.J. SCHMITZ, *Die Wirksamkeit von Rechtswahl und Gerichtsstandsvereinbarung: ein Beitrag zu Kohärenz und Systembildung im Kollisions- und Verfahrensrechts der Europäischen Union*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2023.
- N. ZGHAL, *L'arbitre et les méthodes de détermination du droit applicable au fond*, Paris, L'Harmattan, 2023.

Contratos internacionales (II). Contratos en particular

- I. ANTÓN JUÁREZ, “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”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 1, 2023, pp. 24-62.
- V. BATH, “UNCITRAL and international carriage of goods by sea”, en R. GULATI/T. JOHN/B.G. KÖHLER (Eds.), *The Elgar Companion to UNCITRAL*, Cheltenham, Edward Elgar, 2023, pp. 541-561.
- THE HON MR JUSTICE BUTCHER, “La justicia británica impide a España reclamar a la aseguradora del ‘Prestige’ más de 850 millones en daños: Court of Justice Commercial Court (KBD) Royal Courts of Justice 6 Oct. 2023. Asunto: London Steam-Ship Owners’ Mutual Insurance Association -v- Spain”, *La Ley Unión Europea*, nº 119, 2023.
- R. CARO GÁNDARA, *La fiducia como garantía en el comercio internacional. Validez y eficacia en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.
- S.M. DA COSTA MACHADO, “The exchange contract in the Portuguese legal system and comparative law”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 2, 2023, pp. 337-360.
- C.M. DÍEZ SOTO, “La incidencia del Derecho de consumo en el crowdfunding financiero”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 1, 2023, pp. 313-355.
- P. DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, “El requisito de la patología del daño inmaterial no contraría el efecto útil o la realización del objetivo de protección de las víctimas de accidentes de tráfico consagrado en la normativa europea: Sentencia del Tribunal de Justicia 15 de diciembre de 2022, asunto C-577/21: LM y NO y HUK-COBURG”, *La Ley Unión Europea*, nº 113, 2023.
- A. DUTTA/C. HEINZE, *Die Rückforderung von Glücksspieleinsätzen im Internet: Überlegungen zu den so genannten “Spielerklagen”*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2023.
- S.I.J. ERNST, *Die allgemeine Informationspflicht des reformierten Code civil: eine Analyse aus kaufrechtlicher Perspektive im Vergleich zum deutschen Recht, UN-Kaufrecht und CESL*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2023.
- T.J. FALOKUN, “Jurisdiction and Choice of Law in Disputes Relating to Cross-Border NFT Transactions: The Case for Uniform Private International Law Rules”, *Virginia Journal of Law & Technology*, 27, 2, Summer 2023, pp. 49-99.
- M. FERLING, *Digitale Information als Kreditsicherheit: Unternehmensfinanzierung der Zukunft?*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2023.
- P. FRANZINA, “La Cassazione muta indirizzo su Incoterms e luogo della consegna dei beni”, *RDIPP*, LIX, 2, 2023, pp. 290-313.
- Á. GUIADO MORENO, Seguro colectivo de vida un-ikid confuso e incomprensible: su calificación como práctica comercial desleal, anulación del contrato y otras cuestiones relevantes: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 9ª) de 2 de febrero de 2023, (Asunto C-208/21) KD y TUŽ”, *La Ley Unión Europea*, nº 115, 2023.
- I. JARUKAITIS, “Fallecimiento de un pasajero en accidente de tráfico: Derecho a indemnización de los hijos menores de edad únicamente en caso de daño patológico: TJ, Sala Décima, S15 Dic. 2022.

- Asunto C-577/21: LM, NO y HUK-COBURG-Allgemeine Versicherung AG”, *La Ley Unión Europea*, nº 113, 2023.
- I. JARUKAITIS, “Una bicicleta con pedaleo asistido no está comprendida en el ámbito de aplicación del seguro obligatorio de vehículos automóviles: TJ, Sala Quinta, 12 Oct. 2023. Asunto C-286/22: KBC Verzekeringen”, *La Ley Unión Europea*, nº 119, 2023.
- H. JESSER-HUSS, “Zum anwendbaren Recht bei Kabotage transporten in Österreich”, en T. GARBER (ED.), *Festschrift Matthias Neumayr*, vol. 1, Wien, Manz, 2023, pp. 823-832.
- T. KINDT, *Transnationale Verträge im nationalen Recht: Theorie und Dogmatik transnationaler Ordnungsstrukturen am Beispiel von Musterverträgen im Finanzbereich*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2023.
- B.G. KÖHLER, “The CISG in the age of sustainable supply chains”, en R. GULATI/T. JOHN/B.G. KÖHLER (EDS.), *The Elgar Companion to UNCITRAL*, Cheltenham, Edward Elgar, 2023, pp. 339-355.
- B.G. KÖHLER, “Das Kaufvertragsrecht im Vorentwurf zur Reform des französischen besonderen Vertragsrechts”, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2023, pp. 809-842.
- R. LAFUENTE SÁNCHEZ, “Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales y normas de prescripción: acción de un tercero subrogado en los derechos del perjudicado contra la compañía aseguradora del causante del daño: Sentencia del Tribunal de Justicia 17 de mayo de 2023, asunto C-264/22, Fonds de Garantie des Victimes des Actes de Terrorisme and d’Autres Infractions (FGTI)”, *La Ley Unión Europea*, nº 117, 2023.
- X. LAZO VITORIA, “El concepto de ‘contrato de concesión’ a luz del caso Sharengo: Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de noviembre de 2022, C- 486/21, asunto Sharengo”, *La Ley Unión Europea*, nº 110, 2023.
- J. LOZANO HERNÁNDEZ, “Lecciones del Covid-19. El incumplimiento previsible como una alternativa viable frente a la fuerza mayor y hardship del Art. 79 CISG”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 1, 2023, pp. 470-490.
- P. MARTÍNEZ ESPÍN, “Derecho a reducción del precio de un viaje combinado afectado por las medidas restrictivas del Covid 19: Sentencia del Tribunal de Justicia 12 enero 2023, asunto C- 396/21: FTI Touristik”, *La Ley Unión Europea*, nº 111, 2023.
- M.-Á. MICHINEL ÁLVAREZ, “El TJUE y el Derecho internacional privado. Ante la digitalización de bienes y servicios”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 1, 2023, pp. 573-609.
- L. MORENO BLESÁ, “Los negocios internacionales de electricidad. El *mixti fori* de lo público y lo privado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 1, 2023, pp. 649-665.
- X. ORBEGOZO MIGUEL, “Embargo preventivo y declaración de avería gruesa. A propósito del incidente del buque Ever Given”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 1, 2023, pp. 724-737.
- M.P. PASCUA PONCE, “Eficacia en España de un poder de representación otorgado al amparo de un ordenamiento extranjero en la actual legislación y en la doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 75, 1, 2023, pp. 247-271.
- A. PRECHAL, “Los viajeros cuyo viaje combinado se haya visto afectado por las medidas para contener la pandemia de Covid-19 pueden tener derecho a una reducción del precio del viaje: TJ, Sala Segunda, S 12 Ene. 2023. Asunto C-396/21: FTI Touristik”, *La Ley Unión Europea*, nº 111, 2023.
- T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, “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”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 1, 2023, pp. 758-784.
- Y. ROMERO MATUTE, *El régimen jurídico y la contratación deportiva en el ámbito internacional: Análisis desde una perspectiva amateur y profesional*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2023.
- Y. ROMERO MATUTE, “La competencia judicial de los tribunales españoles en el transporte marítimo. Análisis de la SAP Pontevedra n.º 40/2023 de 26 de enero de 2023”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 2, 2023, pp. 1309-1323.
- C. ROSENDE VILLAR, “Ley aplicable a un contrato internacional de inversión en plantaciones de árboles celebrado por un consumidor (Comentario STJUE 10 de febrero de 2022, as. C-595/20 Share Wood)”, *ADC*, t. LXXVI, fasc. III, julio-septiembre 2023, pp. 1227-1244.

- R. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, “Desaconsejable interpretación restrictiva del alcance del convenio arbitral ‘ratione materiae’: la diferenciación en el ámbito del proceso constructivo de la responsabilidad ‘ex contractu’ y ‘ex lege’ (LOE)”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 14, 2023.
- A. SCHWARTZE, “Die gewillkürte Stellvertretung im Internationalen Privatrecht”, en T. GARBER (ED.), *Festschrift Matthias Neumayr*, vol. 1, Wien, Manz, 2023, pp. 891-906.
- L. SERENA ROSSI, “Información sobre la naturaleza y la configuración del producto de seguro en los contratos de seguro de vida de capital variable vinculados a fondos de inversión denominados ‘unit-linked’”, TJ, Sala Novena, S 2 Feb. 2023. Asunto C-208/21: K. D. y Towarzystwo Ubezpieczeń Ż S.A.”, *La Ley Unión Europea*, nº 114, 2023.
- L. SERENA ROSSI, “Información sobre la naturaleza y la configuración del producto de seguro en los contratos de seguro de vida de capital variable vinculados a fondos de inversión denominados unit-linked”, TJ, Sala Novena, S 2 Feb. 2023. Asunto C-208/21: K. D. y Towarzystwo Ubezpieczeń Ż S.A.”, *La Ley Unión Europea*, nº 115, 2023.
- E. SIERRA NOGUERO, “Estudio de Derecho español, inglés y comunitario sobre la extensión al tercero perjudicado del convenio arbitral y de ley aplicable del seguro marítimo de responsabilidad civil”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 2, 2023, pp. 942-961.
- L. SPAGNOLO/M. BHATTI, “Conflicts of Interest between Sharia and International Sale of Goods: Does CISG Interest Fit with Islamic Law?”, *Monash University Law Review*, 49, 1, 2023, pp. 1-48.
- A.J. TAPIA HERMIDA, “Seguros colectivos de vida e inversión (‘unit link’): responsabilidad de la entidad aseguradora y del banco tomador por la oscuridad de sus condiciones: Sentencia del Tribunal de Justicia 9ª de 2 de febrero de 2023, as. C-208/21: Towarzystwo Ubezpieczeń Ż”, *La Ley Unión Europea*, nº 114, 2023.
- A.J. TAPIA HERMIDA, “La exclusión de las bicicletas con pedaleo asistido del ámbito del seguro obligatorio de la responsabilidad civil del automóvil: Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de octubre de 2023, asunto C-286/22: KBC Verzekeringen”, *La Ley Unión Europea*, nº 119, 2023.
- F.G. VON WESTPHALEN (HRSG.), *Die Bankgarantie im internationalen Handelsverkehr*, 5ª ed., Frankfurt am Main, Fachmedien Recht und Wirtschaft, dfv Mediengruppe, 2023.
- C. WITZ/B.G. KÖHLER/F. LIMBACH, “Droit uniforme de la vente internationale de marchandises”, *Recueil Dalloz*, 2023, pp. 2160-2168.

Contratos internacionales de consumo

- C. AINCIBURU SERNA, “A propósito de los foros de protección. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de octubre de 2022, asunto C-604/20, Roi Land Investments Ltd”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 2, 2023, pp. 1005-1015.
- K.J. ALBIEZ DOHRMANN, “La reducción de los costes totales por el reembolso anticipado en los contratos de crédito inmobiliario: Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala 3ª de 9 de febrero de 2023, asunto C-555/21: UniCredit Bank Austria AG y Verein für Konsumenteninformation”, *La Ley Unión Europea*, nº 114, 2023.
- V. ANDREEVA ANDREEVA, “La apariencia de profesionalidad y la determinación de la competencia judicial internacional en los contratos de consumo: Sentencia del Tribunal de Justicia, de 9 de marzo de 2023, Asunto C-177/2022, JA vs. Wurth Automotive GmbH”, *La Ley Unión Europea*, nº 115, 2023.
- M.L. ARASTEY SAHÚN, “Derecho de desistimiento de la suscripción de un consumidor a una plataforma de aprendizaje que prorrogó automáticamente el contrato: TJ, Sala 7ª, 5 Oct. 2023. Asunto C-565/22: Sofatutot”, *La Ley Unión Europea*, nº 119, 2023.
- C. ARGELICH COMELLES, “Deberes de transparencia del Reglamento 2019/1150 (P2B Regulation) para prevenir la discriminación algorítmica del consumidor en los sistemas de prelación de ofertas”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 1, Marzo 2023, pp. 129-135.

- T. BENS, “Die Scheinunternehmerin, der vermittelnde Lebensgefährte und der gutgläubige Vertragspartner: Feststellung der Verbrauchereigenschaft i.S.v. Art. 17 EuGVVO”, *IPRax*, 2023, 6, pp. 527-530.
- Z. CHEN, “Consumer Jurisdiction and Choice of Law Rules in European and Chinese Private International Law”, *Chinese Journal of Transnational Law*, 2023 (<https://doi.org/10.1177/2753412X231200163>).
- Z. CSEHI, “Contrato relativo a la adhesión a un sistema de fidelización que permite obtener determinadas ventajas financieras al adquirir bienes y servicios de comerciantes terceros: TJ, Sala Quinta, S 8 Jun. 2023. Asunto C-455/21: Lyonesse Europe AG”, *La Ley Unión Europea*, nº 117, 2023.
- P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Diferencias en el concepto de consumidor entre las directivas de protección de los consumidores y los instrumentos de Derecho internacional privado”, *La Ley Unión Europea*, nº 116, julio 2023.
- C.M. DÍEZ SOTO, “La incidencia del Derecho de consumo en el *crowdfunding* financiero”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 1, 2023, pp. 313-355.
- M. GAVALEC, “Inexistencia de obligación de que el pasajero se presente al embarque aunque haya sido informado previamente de la denegación de embarque: TJ, Sala Octava, S 24 Oct. 2023. Asunto C-238/22: LATAM Airlines Group”, *La Ley Unión Europea*, nº 119, 2023.
- M. GROCHOWSKI/C. RIEFA, “Enforcement of Consumer Law”, en M. SCHOLTEN (ED.), *Research Handbook on the Enforcement of EU Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2023, pp. 349-363.
- I. JARUKAITIS, “Facultades de las autoridades reguladoras nacionales de la energía para imponer a las empresas eléctricas la devolución de las cantidades que se hayan percibido incumpliendo las exigencias relativas a la protección de los consumidores: TJ, Sala Quinta, S 30 Mar. 2023. Asunto C-5/22: Green Network”, *La Ley Unión Europea*, nº 113, 2023.
- C. JEREZ DELGADO/F. VERDÚN PÉREZ, “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”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 1, 2023, pp. 442-460.
- U. KISCHEL/M. RODI (EDS.), *Driving without a Driver: Autonomous Driving as a Legal Challenge. Proceedings of the 38th Congress of the Society of Comparative Law in Tübingen, September 29 to October 1, 2022*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2023.
- U. MAGNUS, “Gerichtsstandsvereinbarungen in Verbraucherverträgen: Grenzen der Entscheidung Ryanair DAC/DelayFix”, en F. HEINDLER/K. HUBER/J. SCHACHERREITER (HRSG.), *Liber Amicorum Bea Verschraegen*, Wien, MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2023, pp. 149-162.
- G. MORENO CORDERO, “La justicia adversarial frente a las nuevas tendencias en la resolución alternativa de daños masivos a los consumidores. El ajuste al modelo español”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 1, 2023, pp. 666-688.
- J.I. PAREDES PÉREZ, “La incidencia de los conceptos autónomos de celebración del contrato y de oferta contractual en la calificación de las acciones judiciales en la contratación con consumidores”, en A. FERNÁNDEZ PÉREZ (COORD.), *El Derecho internacional privado ante la(s) crisis de la globalización: III Foro europeo de Derecho internacional privado*, Las Rozas, Navarra, Aranzadi, 2023, pp. 131-156.
- C. REIBETANZ, “Prozessualer Verbraucherschutz nach EuGVVO und Zuständigkeitsbestimmung gemäß § 36 Abs. 1 Nr. 3 ZPO (BayObLG, S. 72)”, *IPRax*, 2023, 1, pp. 28-32.
- M.J. REYES LÓPEZ, “La protección al consumidor al hilo de las nuevas propuestas legislativas comunitarias”, *Actualidad civil*, nº 7-8, 2023.
- S. RODIN, “Criterios de apreciación del carácter abusivo de una cláusula relativa al vencimiento anticipado de un contrato de préstamo: TJ, Sala Novena, S 8 Dic. 2022. Asunto C-600/21: QE y Caisse régionale de Crédit mutuel de Loire-Atlantique et du Centre Ouest”, *La Ley Unión Europea*, nº 111, 2023.
- S. RODIN, “Posibilidad de reclamar créditos que excedan del reembolso de los importes acordados en el contrato y del pago de intereses de demora: TJ, Sala Cuarta, S 15 Jun. 2023. Asunto C-520/21: Bank M.”, *La Ley Unión Europea*, nº 117, 2023.
- S. RODIN, “Normativa nacional que implica que el consumidor haya de realizar, ante un profesional una gestión antes de acudir a la vía judicial para que no se le impongan las costas del procedimiento

- judicial: TJ, Sala Cuarta, S 13 Jul. 2023. Asunto C-35/22: Cajasur Banco,S.A.”, *La Ley Unión Europea*, nº 117, 2023.
- J.M. RODRÍGUEZ CÁRCAMO, “El vencimiento anticipado de los contratos bancarios de préstamo: Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de diciembre de 2022, as. C-600/21: Caisse régionale de Crédit mutuel de Loire-Atlantique et du Centre Ouest”, *La Ley Unión Europea*, nº 111, 2023.
- C. ROSENDE VILLAR, “Ley aplicable a un contrato internacional de inversión en plantaciones de árboles celebrado por un consumidor (Comentario STJUE 10 de febrero de 2022, as. C-595/20 Share Wood)”, *ADC*, t. LXXVI, fasc. III, julio-septiembre 2023, pp. 1227-1244.
- S. SAFJAN, “Derecho del consumidor a una reducción del coste total del crédito que comprenderá los intereses y costes correspondientes al tiempo de contrato que quede por transcurrir: TJ, Sala Tercera, S 9 Feb. 2023. Asunto C-555/21: UniCredit Bank Austria AG y Verein für Konsumenteninformation”, *La Ley Unión Europea*, nº 114, 2023.
- J. SANG, *International online consumer contracts: jurisdiction, enforcement and online dispute resolution*, Zürich, Genf, Schulthess, 2023.
- L. SERENA ROSSI, “Información sobre la naturaleza y la configuración del producto de seguro en los contratos de seguro de vida de capital variable vinculados a fondos de inversión denominados unit-linked
TJ, Sala Novena, S 2 Feb. 2023. Asunto C-208/21: K. D. y Towarzystwo Ubezpieczeń Ż S.A.”, *La Ley Unión Europea*, nº 115, 2023.
- O. SPINEANU MATEI, “Apreciación del carácter abusivo de las cláusulas insertas en un contrato de prestación de servicios jurídicos concluido entre un abogado y un consumidor: TJ, Sala Cuarta, S 12 Ene. 2023. Asunto C-395/21: D.V. y M.A.”, *La Ley Unión Europea*, nº 113, 2023.
- O. SPINEANU MATEI, “Comportamiento de la persona que reivindica la condición de consumidor que puede causar la impresión a la otra parte contratante de que actúa con fines profesionales: TJ, Sala Novena, S 9 Mar. 2023. Asunto C-177/22: JA y Wurth Automotive GmbH”, *La Ley Unión Europea*, nº 115, 2023.
- O. SPINEANU MATEI, “Los consumidores deben recibir información suficiente de los métodos de cálculo de índices de referencia de los préstamos hipotecarios (IRPH): TJ, Sala 9ª, S 13 Jul. 2023. Asunto. C-265/22: Banco de Santander”, *La Ley Unión Europea*, nº 117, 2023.
- A.J. TAPIA HERMIDA, “Criterios de detección de las cláusulas abusivas en los contratos bancarios con consumidores: Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala Novena, de 8 de diciembre de 2022 (asunto C-600/21: QE)”, *La Ley Unión Europea*, nº 111, 2023.
- A.J. TAPIA HERMIDA, “Pronunciamientos recientes del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre aspectos materiales y procesales de la protección del consumidor bancario”, *La Ley Unión Europea*, nº 117, 2023.
- E. TORRELLES TORREA, “Las expectativas del consumidor en los criterios de conformidad del TRLGDCU y CCCAT”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 1, 2023, pp. 846-878.
- E. TUNA, *Musterfeststellungsverfahren von Verbraucherverbänden im Zusammenspiel mit europäischen und deutschen Grundprinzipien des Prozessrechts*, Berlin, Duncker & Humblot, 2023.
- R.H. WEBER, “The disclosure dream: towards a new transparency concept in EU consumer law”, *EuCML*, 2023, 2, pp. 67-70.
- S. WILLEMS, *Das Prinzip der Privatautonomie auf europäischer Ebene: eine Analyse unter besonderer Berücksichtigung des Verbraucherschutzrechts*, Düren, Shaker Verlag, 2023.

Contrato internacional de trabajo

- M.A. ACOSTA SÁNCHEZ, “El ‘Brexit’ y el régimen jurídico de los trabajadores fronterizos españoles en Gibraltar”, en I. GONZÁLEZ GARCÍA (DIR.), *El Brexit en la cooperación transfronteriza entre Gibraltar, Campo de Gibraltar y Andalucía*, Madrid, Dykinson, 2023, pp. 315-334.
- M.C. AGUILAR GONZÁLEZ, “Ámbito objetivo de la libre circulación de trabajadores (II). Las libertades instrumentales y su carácter esencial en el ejercicio del derecho”, en V. RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN/

- J.A. FERNÁNDEZ AVILÉS (COORD.), *La libre circulación de trabajadores en la Unión Europea: situación actual y retos de futuro*, Madrid, Dykinson, 2023, pp. 117-137.
- C. AINCIBURU SERNA, “A propósito de los foros de protección. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de octubre de 2022, asunto C-604/20, Roi Land Investments Ltd”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 2, 2023, pp. 1005-1015.
- C. ALMAGRO MARTÍN, “La libre circulación de los trabajadores en la Unión Europea desde una perspectiva fiscal”, en V. RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN/J.A. FERNÁNDEZ AVILÉS (COORD.), *La libre circulación de trabajadores en la Unión Europea: situación actual y retos de futuro*, Madrid, Dykinson, 2023, pp. 245-263.
- M.L. ARASTEY SAHÚN, “La orientación sexual no puede ser una razón para negarse a celebrar un contrato con un trabajador independiente: TJ, Sala Segunda, S 12 Ene. 2023. Asunto C-356/21: TP (Monitador audiovisual para la televisión pública). Antecedentes”, *La Ley Unión Europea*, nº 111, 2023.
- M.L. ARASTEY SAHÚN, “Obligación de conceder el descanso diario a partir de una normativa nacional que establece un período de descanso semanal mínimo de 42 horas: TJ, Sala Segunda, S 2 Mar. 2023. Asunto C-477/21: IH y Má-Start Vasúti Személyszállító Zrt.”, *La Ley Unión Europea*, nº 114, 2023.
- Á. ARIAS DOMÍNGUEZ, “Crónica de jurisprudencia laboral internacional 2022”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 2, 2023, pp. 1028-1039.
- F. BERNAL SANTAMARÍA, “La incidencia del ‘Brexit’ en Gibraltar: el reto de las relaciones laborales en el proceso negociador”, en I. GONZÁLEZ GARCÍA (DIR.), *El Brexit en la cooperación transfronteriza entre Gibraltar, Campo de Gibraltar y Andalucía*, Madrid, Dykinson, 2023, pp. 335-360.
- M. DEL C. BURGOS GOYÉ, “Aproximación a los aspectos estructurales de la libertad de circulación en la función pública española”, en V. RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN/J.A. FERNÁNDEZ AVILÉS (COORD.), *La libre circulación de trabajadores en la Unión Europea: situación actual y retos de futuro*, Madrid, Dykinson, 2023, pp. 172-187.
- J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El contrato internacional de trabajo y la ley del país de ejecución de la prestación laboral en el Derecho internacional privado de la Unión Europea”, *Revista Justicia & Trabajo*, nº 2, 2023, pp. 61-88.
- J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Consideraciones heterodoxas sobre la ley elegida por las partes como ley reguladora del contrato de trabajo internacional”, en R. RUEDA VALDIVIA (DIR.), *Nuevos horizontes de la movilidad internacional de personas en el siglo XXI. Libro homenaje a la profesora Mercedes Moya Escudero*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 421-437.
- S.E. CASTILLO RAMOS-BOSSINI, “La construcción del concepto de función pública a efectos de su exclusión de la libre circulación de trabajadores en la doctrina del TJUE”, en V. RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN/J.A. FERNÁNDEZ AVILÉS (COORD.), *La libre circulación de trabajadores en la Unión Europea: situación actual y retos de futuro*, Madrid, Dykinson, 2023, pp. 149-171.
- M.J. CERVILLA GARZÓN, “Algunos problemas relacionados con la integración de los miembros de la comunidad islámica en el sistema español de Seguridad Social”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 1, 2023, pp. 222-253.
- P. CREMADES GARCÍA, “El ciberacoso en el teletrabajo y el daño moral derivado”, en A. ORTEGA GIMÉNEZ/L.S. HEREDIA SÁNCHEZ (COORD.), *Teletrabajo y Derecho internacional privado: problemas y soluciones*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2023, pp. 271-299.
- A. CRESPO HERNÁNDEZ, “La Ley aplicable a los contratos del personal civil internacional de las misiones de la Unión Europea. A propósito de la STGUE de 10 de noviembre de 2021”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 2, 2023, pp. 1176-1186.
- B. DELMAS, “L’émergence d’actions en exequatur dans le contentieux transnational du travail”, *Revue critique de droit international privé*, 2023-1, pp. 85-102.
- M. DURÁN BERNARDINO, “La política de la Unión Europea y el empleo juvenil”, en V. RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN/J.A. FERNÁNDEZ AVILÉS (COORD.), *La libre circulación de trabajadores en la Unión Europea: situación actual y retos de futuro*, Madrid, Dykinson, 2023, pp. 387-405.
- J.A. FERNÁNDEZ AVILÉS, “La ‘dimensión social’ de la ciudadanía de la Unión Europea y la libre circulación de personas trabajadoras”, en V. RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN/J.A. FERNÁNDEZ AVILÉS (COORD.), *La li-*

- bre circulación de trabajadores en la Unión Europea: situación actual y retos de futuro*, Madrid, Dykinson, 2023, pp. 11-38.
- Ó. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, “Salarios mínimos adecuados en la Unión Europea. Notas para una aproximación crítica a la Directiva 2022/2041, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 262, 2023.
- F.J. FERNÁNDEZ ORRICO, “En espera de una regulación jurídica laboral sobre teletrabajo en la Unión Europea”, en A. ORTEGA GIMÉNEZ/L.S. HEREDIA SÁNCHEZ (COORD.), *Teletrabajo y Derecho internacional privado: problemas y soluciones*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2023, pp. 143-172.
- C. FERRANDANS CARAMÉS, “La incidencia del ‘Brexit’ en los desplazamientos de trabajadores entre España y Gibraltar”, en I. GONZÁLEZ GARCÍA (DIR.), *El Brexit en la cooperación transfronteriza entre Gibraltar, Campo de Gibraltar y Andalucía*, Madrid, Dykinson, 2023, pp. 361-384.
- R. GARCÍA GARCÍA, “Los preceptos del Ramadán y la prevención de riesgos laborales. Verdades, mitos y recomendaciones de seguridad”, en M.D. CERVILLA GARZÓN/I. ZURITA MARTÍN (DIR.), *Identidad islámica y orden público en una sociedad inclusiva*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2023, pp. 573-582.
- M. GARCÍA JIMÉNEZ/J.M. CEREZO MARISCAL, “Acuerdos especiales para prestar servicios en la Unión Europea para trabajadores nacionales de terceros Estados”, en V. RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN/J.A. FERNÁNDEZ AVILÉS (COORD.), *La libre circulación de trabajadores en la Unión Europea: situación actual y retos de futuro*, Madrid, Dykinson, 2023, pp. 295-308.
- M. GARDEÑES SANTIAGO, “La protección del trabajador en las normas europeas de competencia judicial: balance de los últimos 50 años y algunas posibles propuestas para el futuro”, en D. CAIRÓS BARRETO/O. FOTINOPOULOU BASURKO (DIR.), *Hacia la construcción de un Derecho Transnacional del trabajo y de la Seguridad Social*, Barcelona, Atelier, 2023, pp. 215-251.
- E. GARRIDO PÉREZ, “Efectos del ‘Brexit’ en los derechos prestacionales de los trabajadores fronterizos (España-Gibraltar)”, en I. GONZÁLEZ GARCÍA (DIR.), *El Brexit en la cooperación transfronteriza entre Gibraltar, Campo de Gibraltar y Andalucía*, Madrid, Dykinson, 2023, pp. 385-412.
- D. GLUHAIA, “El efecto directo del principio de proporcionalidad en el contexto de las sanciones previsto en el artículo 20 de la Directiva 2014/67/UE”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 1, Marzo 2023, pp. 956-969.
- D. GLUHAIA, “La Ley aplicable al plazo de prescripción de la acción en el contrato internacional de trabajo. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social de 4 de enero de 2023”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 2, 2023, pp. 1220-1228.
- J.M. GONZÁLEZ DEL RÍO, “La prohibición del uso de símbolos religiosos en los centros de trabajo. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de octubre de 2022”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 262, 2023.
- J. GORELLI HERNÁNDEZ/M. GUTIÉRREZ PÉREZ, “Derechos de Seguridad Social en el marco de la libre circulación de trabajadores”, en V. RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN/J.A. FERNÁNDEZ AVILÉS (COORD.), *La libre circulación de trabajadores en la Unión Europea: situación actual y retos de futuro*, Madrid, Dykinson, 2023, pp. 188-215.
- A. GUAMÁN HERNÁNDEZ, “La esclavitud moderna tiene rostro de mujer: un análisis de las cadenas globales del textil desde la perspectiva de género”, en M.C. MARULLO/L. SALES PALLARÉS/F.J. ZAMORA CABOT (DIR.), *Empresas transnacionales, derechos humanos y cadenas de valor: nuevos desafíos*, Madrid, Colex, 2023, pp. 283-306.
- J.D. GUTIÉRREZ-SÁNCHEZ, “Inserción sociolaboral e identidad islámica en jóvenes migrantes no acompañados en Andalucía”, en M.D. CERVILLA GARZÓN/I. ZURITA MARTÍN (DIR.), *Identidad islámica y orden público en una sociedad inclusiva*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2023, pp. 561-570.
- L.S. HEREDIA SÁNCHEZ, “La creación de un sistema paralelo de extranjería a partir de la regulación de la figura del teletrabajador extranjero en España”, en A. ORTEGA GIMÉNEZ/L.S. HEREDIA SÁNCHEZ (COORD.), *Teletrabajo y Derecho internacional privado: problemas y soluciones*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2023, pp. 207-230.

- J.M. HERREROS LÓPEZ, “La protección de las prestaciones sociales de carácter económico en la jurisprudencia del TEDH a través del artículo 1 del protocolo núm. 1 CEDH”, *REDE. Revista española de Derecho europeo*, nº 86, 2023, pp. 41-72.
- C. JOVER RAMÍREZ, “La injerencia de las prácticas e instituciones propias de la identidad islámica en el tiempo de trabajo”, en M.D. CERVILLA GARZÓN/I. ZURITA MARTÍN (DIR.), *Identidad islámica y orden público en una sociedad inclusiva*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2023, pp. 441-495.
- D.T. KAHALE CARRILLO, “La diversidad cultural en la empresa: La utilización del velo islámico en el trabajo”, en M.D. CERVILLA GARZÓN/I. ZURITA MARTÍN (DIR.), *Identidad islámica y orden público en una sociedad inclusiva*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2023, pp. 411-435.
- D.T. KAHALE CARRILLO, “El Fondo Social Europeo y el fomento de la movilidad de trabajadores en la Unión Europea”, en V. RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN/J.A. FERNÁNDEZ AVILÉS (COORD.), *La libre circulación de trabajadores en la Unión Europea: situación actual y retos de futuro*, Madrid, Dykinson, 2023, pp. 341-355.
- M.A. KUMIN, “Puesta a disposición permanente del trabajador manteniendo su contrato de trabajo inicial en caso de transmisión por el empleador a una empresa tercera: TJ, Sala Sexta, S 22 Jun. 2023. Asunto C-427/21: LD y ALB FILS Kliniken GmbH”, *La Ley Unión Europea*, nº 118, 2023.
- M.A. KUMIN, “Un trabajador a tiempo parcial no puede verse discriminado a la hora de obtener una retribución complementaria concedida por superar un cierto número de horas de trabajo: TJ, Sala, Sala Primera, 19 Oct. 2023. Asunto C-660/20: Lufthansa CityLine”, *La Ley Unión Europea*, nº 119, 2023.
- C.F. LE, “Un labyrinthe transfrontière: le travail à distance et le projet de troisième Restatement”, *Revue critique de droit international privé*, 2023-1, pp. 53-66.
- M. LEAL-ADORNA, “El velo islámico como causa de despido en empresas privadas”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 2, 2023, pp. 709-735.
- A.G. LÓPEZ MARTÍN, “La igualdad de género en la Unión Europea: Sobre la aplicación del principio de igualdad del art. 23 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea en las fuerzas armadas con especial referencia a la práctica de las misiones internacionales”, *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho internacional*, nº 26, 2023, pp. 159-174.
- C.Y. MANN, *Europarechtswidrige Ungleichbehandlungen von Arbeitnehmern in Auslandsbetrieben: eine kollisionsrechtliche Neueinordnung von rechtsformbezogenem Arbeitsrecht*, Jena, JWV, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2023.
- N. MARCHAL ESCALONA, “El nuevo marco normativo de los trabajadores desplazados en el ámbito de una prestación transnacional de servicios”, en V. RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN/J.A. FERNÁNDEZ AVILÉS (COORD.), *La libre circulación de trabajadores en la Unión Europea: situación actual y retos de futuro*, Madrid, Dykinson, 2023, pp. 264-279.
- J.A. MARMOLEJO MARTÍN, “Análisis demográfico de los movimientos de trabajadores en el seno de la Unión Europea”, en V. RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN/J.A. FERNÁNDEZ AVILÉS (COORD.), *La libre circulación de trabajadores en la Unión Europea: situación actual y retos de futuro*, Madrid, Dykinson, 2023, pp. 39-54.
- Á. MARTÍN-POZUELO LÓPEZ, “La protección social de teletrabajo transnacional comunitario”, en A. ORTEGA GIMÉNEZ/L.S. HEREDIA SÁNCHEZ (COORD.), *Teletrabajo y Derecho internacional privado: problemas y soluciones*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2023, pp. 61-90.
- R. MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, “Teletrabajo y sector público”, en A. ORTEGA GIMÉNEZ/L.S. HEREDIA SÁNCHEZ (COORD.), *Teletrabajo y Derecho internacional privado: problemas y soluciones*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2023, pp. 251-269.
- M. MCBRITTON, “El acceso a las prestaciones de asistencia social en el ámbito libre circulación de los ciudadanos y de los ciudadanos europeos”, en V. RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN/J.A. FERNÁNDEZ AVILÉS (COORD.), *La libre circulación de trabajadores en la Unión Europea: situación actual y retos de futuro*, Madrid, Dykinson, 2023, pp. 216-228.

- A. MENSI, “Il diritto alla sicurezza sociale in caso di disoccupazione alla luce dell’articolo 3 CEDU in materia di divieto di trattamenti degradanti: limiti e tendenze applicative”, *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, nº 2, 2023, pp. 351-363.
- C. MOLINA NAVARRETE, “‘Brexit’ y libre circulación de trabajadores: Entre paradojas, mitos y realidades”, en V. RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN/J.A. FERNÁNDEZ AVILÉS (COORD.), *La libre circulación de trabajadores en la Unión Europea: situación actual y retos de futuro*, Madrid, Dykinson, 2023, pp. 309-323.
- J.L. MONEREO PÉREZ/S. GUINDO MORALES, “Alcance de la obligación empresarial de prevención de riesgos laborales: ¿Están las empresas obligadas a pagar las gafas graduadas de sus empleados que trabajan con equipos que incluyen pantallas de visualización?”, *La Ley Unión Europea*, nº 112, 2023.
- J.L. MONEREO PÉREZ/S. GUINDO MORALES, “El control empresarial sobre los trabajadores mediante la monitorización del email corporativo y la instalación de cámaras de videovigilancia y de Sistemas de Posicionamiento Global (GPS)”, *La Ley Unión Europea*, nº 120, 2023.
- J.L. MONEREO PÉREZ/R.J. LÓPEZ BEDMAR, “La inaplicabilidad de la directiva sobre el trabajo a través de empresas de trabajo temporal a la puesta a disposición de la persona trabajadora con carácter permanente. distinción entre transmisión permanente ‘de funciones’ a otra empresa y puesta a disposición temporal de trabajadores a empresas usuarias: Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de junio 2023, as. C-427/21: ALB FILS Kliniken GmbH)”, *La Ley Unión Europea*, nº 118, 2023.
- J.L. MONEREO PÉREZ/B. DEL M. LÓPEZ INSUA, “El encadenamiento de contratos temporales y los procesos de ‘promoción interna’ en las Universidades Públicas: ¿precariedad? ¿abuso? o ¿legalidad? Un debate abierto en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *La Ley Unión Europea*, nº 111, 2023.
- J.L. MONEREO PÉREZ/B. DEL M. LÓPEZ INSUA, “Derecho a la propia imagen y a la dignidad del trabajador en el reglamento general de protección de datos. Un estudio crítico a la doctrina más reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *La Ley Unión Europea*, nº 115, 2023.
- J.L. MONEREO PÉREZ/B. DEL M. LÓPEZ INSUA, “Nuevos avances en materia de igualdad de trato y no discriminación en el Derecho social comunitario: el complemento de maternidad para hombres a examen tras la Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de 2023”, *La Ley Unión Europea*, nº 119, 2023.
- J.L. MONEREO PÉREZ/S. LÓPEZ VICO, “Tiempo de trabajo e igualdad de derechos: a vueltas con la protección efectiva de los trabajadores nocturnos”, *La Ley Unión Europea*, nº 116, 2023.
- J.L. MONEREO PÉREZ/A. MUROS POLO, “La indemnización por despido improcedente ante la interpretación de la Carta social europea revisada: análisis de las reclamaciones colectivas presentadas por UGT y CC OO”, *La Ley Unión Europea*, nº 117, 2023.
- J.L. MONEREO PÉREZ/P.G. ORTEGA LOZANO, “El poder empresarial de uso de la tecnología orientada hacia la intromisión en el Derecho a la vida privada del trabajador en las relaciones laborales”, *La Ley Unión Europea*, nº 113, 2023.
- J.L. MONEREO PÉREZ/D. VELASCO FERNÁNDEZ, “El plazo de prescripción no supone un límite para la reclamación económica por el derecho a vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas por culpa del empresario en la última doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de septiembre de 2022, as. C-120/21: IB y TO”, *La Ley Unión Europea*, nº 110, 2023.
- J.L. MONEREO PÉREZ/D. VELASCO FERNÁNDEZ, “El descanso diario y el descanso semanal son dos derechos sociales autónomos con objetivos distintos. incidencia en el ordenamiento jurídico español. Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala Segunda, de 2 de marzo de 2023, as. C-477/21: IH y MÁV-START Vasúti Személyszállító Zrt”, *La Ley Unión Europea*, nº 114, 2023.
- M. NAVARRO PABSDORF/E. CUENCA GARCÍA, “Avances en la libre circulación de trabajadores en la Unión Europea y sus efectos económicos”, en V. RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN/J.A. FERNÁNDEZ AVILÉS (COORD.), *La libre circulación de trabajadores en la Unión Europea: situación actual y retos de futuro*, Madrid, Dykinson, 2023, pp. 55-67.
- N. ORDÓÑEZ PASCUA, “La cooperación entre los servicios públicos de empleo en la Unión Europea: La Red Europea de Servicios Públicos de Empleo (PES)”, en V. RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN/J.A. FER-

- NÁNDEZ AVILÉS (COORD.), *La libre circulación de trabajadores en la Unión Europea: situación actual y retos de futuro*, Madrid, Dykinson, 2023, pp. 372-386.
- A. ORTEGA GIMÉNEZ, “Teletrabajo y mecanismos adecuados para legitimar transferencias internacionales de datos entre miembros de un mismo grupo empresarial”, en A. ORTEGA GIMÉNEZ/L.S. HEREDIA SÁNCHEZ (COORD.), *Teletrabajo y Derecho internacional privado: problemas y soluciones*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2023, pp. 21-60.
- A. ORTEGA GIMÉNEZ ET AL., “Algunos problemas jurídicos actuales sobre el teletrabajo transfronterizo”, *Diario La Ley*, nº 10206, Sección Tribuna, 12 enero 2023.
- G. PALAO MORENO, “Teletrabajo internacional: dificultades que suscita la determinación de la jurisdicción competente”, en A. ORTEGA GIMÉNEZ/L.S. HEREDIA SÁNCHEZ (COORD.), *Teletrabajo y Derecho internacional privado: problemas y soluciones*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2023, pp. 183-206.
- G. PARRA BATRES, “El teletrabajo internacional: una aproximación a la figura del nómada digital desde la normativa de extranjería española”, en A. ORTEGA GIMÉNEZ/L.S. HEREDIA SÁNCHEZ (COORD.), *Teletrabajo y Derecho internacional privado: problemas y soluciones*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2023, pp. 173-182.
- C. PERONA MATA/J. ARRIBAS CÁMARA/V. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, “La necesaria apuesta por una negociación colectiva transnacional”, *La Ley Unión Europea*, nº 113, 2023.
- C. PERONA MATA/J. ARRIBAS CÁMARA/V. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, “El descanso diario y el descanso semanal: dos conceptos autónomos e independientes: Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala Segunda, de 2 de marzo de 2023, as. C-477/21 IH Y Máv-Start Vasúti Személyszállító Zrt.”, *La Ley Unión Europea*, nº 114, 2023.
- E.L. RICHTER, *The legal framework for skilled labour migration to China*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2023.
- V. RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN, “Ámbito objetivo de la libre circulación de trabajadores (I). Contenido esencial del derecho: Igualdad de trato y no discriminación por razón de nacionalidad”, en V. RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN/J.A. FERNÁNDEZ AVILÉS (COORD.), *La libre circulación de trabajadores en la Unión Europea: situación actual y retos de futuro*, Madrid, Dykinson, 2023, pp. 97-116.
- J.E. RUIZ SAURA, “Las notas de laboralidad en la actividad de un corresponsal de noticias en el extranjero: Comentario a la Sentencia del TSJ de Madrid 393/2022, de 20 de abril”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 262, 2023.
- T. RUSSO, “Il velo islamico e le discriminazioni sul luogo di lavoro nella giuri-sprudenza della Corte di giustizia tra bilanciamento e comparazione”, en A. DI STASI ET AL. (A CURA DI), *Donne migranti e violenza di genere nel contesto giuridico internazionale ed europeo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, pp. 711-741.
- M. SALAS PORRAS, “El reconocimiento de cualificaciones profesionales en la Unión Europea”, en V. RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN/J.A. FERNÁNDEZ AVILÉS (COORD.), *La libre circulación de trabajadores en la Unión Europea: situación actual y retos de futuro*, Madrid, Dykinson, 2023, pp. 280-294.
- J. SÁNCHEZ PÉREZ, “Las excepciones a la libre circulación basadas en razones de orden público, seguridad y salud públicas”, en V. RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN/J.A. FERNÁNDEZ AVILÉS (COORD.), *La libre circulación de trabajadores en la Unión Europea: situación actual y retos de futuro*, Madrid, Dykinson, 2023, pp. 138-148.
- C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, “Discriminación por razón de sexo y Seguridad Social: La aplicación de la Directiva 79/7 en España”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 2, 2023, pp. 871-897.
- W. SANGUINETI RAYMOND, “Los derechos humanos laborales como objeto de protección del Derecho transnacional del trabajo”, en M.C. MARULLO/L. SALES PALLARÉS/F.J. ZAMORA CABOT (DIR.), *Empresas transnacionales, derechos humanos y cadenas de valor: nuevos desafíos*, Madrid, Colex, 2023, pp. 261-282.
- S. SERRANO ESCRIBANO, “El derecho de establecimiento de los trabajadores autónomos en la Unión Europea”, en V. RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN/J.A. FERNÁNDEZ AVILÉS (COORD.), *La libre circulación de trabajadores en la Unión Europea: situación actual y retos de futuro*, Madrid, Dykinson, 2023, pp. 229-244.

- L.I. SERRANO SÁNCHEZ, “Teletrabajadores a distancia extranjeros y Derecho de Extranjería: ¿Quiénes son y cuál es su estatus jurídico?”, en R. RUEDA VALDIVIA (DIR.), *Nuevos horizontes de la movilidad internacional de personas en el siglo XXI. Libro homenaje a la profesora Mercedes Moya Escudero*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 491-516.
- L.Á. TRIGUERO MARTÍNEZ, “Libre circulación de trabajadores y servicios públicos de empleo: Su articulación a través de la Red EURES”, en V. RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN/J.A. FERNÁNDEZ AVILÉS (COORD.), *La libre circulación de trabajadores en la Unión Europea: situación actual y retos de futuro*, Madrid, Dykinson, 2023, pp. 356-371.
- C. TUR FAÚNEZ, “Problemas probatorios del uso de aplicaciones de control y monitorización en el teletrabajo transfronterizo”, en A. ORTEGA GIMÉNEZ/L.S. HEREDIA SÁNCHEZ (COORD.), *Teletrabajo y Derecho internacional privado: problemas y soluciones*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2023, pp. 91-125.
- T. USHAKOVA, “La Convención ONU sobre la protección de todos los trabajadores migratorios en el contexto de los desafíos actuales”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 11, 1, 2023, pp. 11-35.
- M.R. VALLECILLO GÁMEZ, “La política de empleo de la Unión Europea y el fomento de la movilidad intracomunitaria de trabajadores”, en V. RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN/J.A. FERNÁNDEZ AVILÉS (COORD.), *La libre circulación de trabajadores en la Unión Europea: situación actual y retos de futuro*, Madrid, Dykinson, 2023, pp. 325-340.
- M. VINCIERI, “Libre circulación de trabajadores y delimitación del ámbito subjetivo: Análisis de la categoría jurídica de trabajador y de familiares del mismo”, en V. RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN/J.A. FERNÁNDEZ AVILÉS (COORD.), *La libre circulación de trabajadores en la Unión Europea: situación actual y retos de futuro*, Madrid, Dykinson, 2023, pp. 84-96.
- E. ZANNARINI, “Piercing the Veil of Diplomatic Immunity: *Basfar v. Wong* and the Rethinking of the ‘Commercial Activity’ Exception”, *Rivista di diritto internazionale*, 106, 1, 2023, pp. 135-153.
- I. ZIEMELE, “Inicio del cómputo del plazo de prescripción de tres años para una compensación financiera por las vacaciones no disfrutadas tras la extinción de la relación laboral: TJ, Sala Sexta, S 22 Sep. 2022. Asunto C-120/21: LB y TO”, *La Ley Unión Europea*, nº 110, 2023.

Derechos reales

- W. BARBEY, *Des propriétés divisées, spécialement des trusts: étude raisonnée des différents systèmes de droit des biens dans l'histoire européenne, de leur transformation moderne, ainsi que de leur confrontation actuelle dans le droit transitoire et international privé suisse*, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 2023.
- C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “Restitución y nacionalismo cultural”, *Tiempo de paz*, nº 149, 2023, pp. 52-61.
- A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Breves reflexiones sobre las obras de arte robadas por los nazis”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 2, 2023, pp. 198-250.
- M. CUENA CASAS, “La ocupación ilegal de inmuebles: un necesario enfoque global”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 2, 2023, pp. 293-336.
- G. FROSIO/A. O'DWYER, “Art in an Age of Non-Fungible Tokens: Authenticity, Value, and Counterfeit (October 19, 2023)”, en E. BONADIO/C. SGANGA (EDS.), *Copyright, Blockchain and NFTs* (Edward Elgar, forthcoming), disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=> .
- D. JIAYUAN, “Los efectos de la inscripción y la entrega en las transacciones de bienes inmuebles en el Derecho civil chino”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 1, 2023, pp. 879-897.
- I. LOPES MATOS CARNEIRO DE FARIAS/G. CAMBOIM/I. GEOVANNA MEDEIROS, “A propriedade sobre bem imóvel e o direito internacional privado: considerações sobre jurisdição e lei aplicável”, *Revista Direito.UnB*, Janeiro-Abril, 2023, v. 07, n.1, pp. 229-253.

- D. MARÍN CONSARNAU, “Derechos reales y litigios patrimoniales en las relaciones familiares: la delimitación en y entre instrumentos de Derecho internacional privado de la Unión Europea”, *AEDIPr*, t. XXIII, 2023, pp. 217-238.
- F. MOSCONI/C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, Vol. II, *Statuto personale e diritti reali*, 6ª ed., Milano, Wolters Kluwer Italia, S.r.l., 2023.
- M. NINO, “Land grabbing, empresas y derechos humanos”, en M.C. MARULLO/L. SALES PALLARÉS/F.J. ZAMORA CABOT (DIR.), *Empresas transnacionales, derechos humanos y cadenas de valor: nuevos desafíos*, Madrid, Colex, 2023, pp. 359-378.
- C. PARRA RODRÍGUEZ, “La competencia judicial en materia de derechos reales mobiliarios, ¿una cuestión olvidada por el Reglamento Bruselas I bis?”, *AEDIPr*, t. XXIII, 2023, pp. 337-358.
- L. PERREAU-SAUSSINE, “Qualification européenne autonome des notions de ‘contrat portant sur un droit réel immobilier’ et de ‘bail d’immeuble’ — CJUE, 10 févr. 2022, aff. C-595/20”, *Revue critique de droit international privé*, 2023-2, pp. 459-474.
- K. SIEHR, “Der internationale Schutz von Kulturgütern: Der belgische Code de droit international privé als Vorbild”, en F. HEINDLER/K. HUBER/J. SCHACHERREITER (HRSG.), *Liber Amicorum Bea Verschraegen*, Wien, MANZ’sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2023, pp. 259-272.
- J.E. SORIANO GARCÍA, “La pretendida jurisdicción universal de Estados Unidos, el cuadro español de Pissarro y el respeto mutuo entre Estados y Jueces”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 103, julio 2023, pp. 24-27.
- T. SUÁREZ RODRÍGUEZ, “Expropiación indirecta en los Tratados Bilaterales de Inversión latinoamericanos: la caja de Pandora de las controversias neerlandesas en la región”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 1, 2023, pp. 827-845.
- V. VADI, *Cultural heritage in international economic law*, Leiden, Boston, Brill Nijhoff, 2023.
- M. WELLER, “Kollisionsrecht und NS-Raubkunst: U.S. Supreme Court, Entscheidung vom 21. April 2022, 596 U.S. 142 S.Ct. 1502 (2022) – *Cassirer et al. / Thyssen-Bornemisza Collection Foundation*”, *IPRax*, 2023, 1, pp. 97-100.
- C. WENDEHORST, “Aufteilung von Ersparnissen in Kryptowerten — Vorfragen des internationalen Sachenrechts”, en T. GARBER (ED.), *Festschrift Matthias Neumayr*, vol. 1, Wien, Manz, 2023, pp. 931-948.

Propiedad intelectual e industrial

- I. ANTÓN JUÁREZ, “Louboutin vs. Amazon. ¿Un litigio más sobre la responsabilidad de las plataformas digitales en el uso de una marca? Comentario de la sentencia del TJUE de 22 de diciembre de 2022, asuntos C-148/21 y C-184/21”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 2, 2023, pp. 1016-1027.
- S.V. BAZINAS, “Security interests in intellectual property under the UNCITRAL Model Law on Secured Transactions”, en R. GULATI/T. JOHN/B. KÖHLER (EDS.), *The Elgar Companion to UNCITRAL*, Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing, 2023, pp. 442-461.
- L. BIENEMANN, “Das Kunsturhebergesetz und die Datenschutzgrundverordnung: Partielle oder vollumfängliche Anwendbarkeit des Kunsturhebergesetzes?”, *Zeitschrift für geistiges Eigentum*, 15, 3, 2023, pp. 334-356.
- C. BLANKE-ROESER, “Die gemeinschaftsweite Erschöpfung im Wandel der Zeiten: Ein Blick auf die Ausnahmeklausel zur Erschöpfung im europäischen Patentpaket und ihre früheren Fassungen”, *Zeitschrift für geistiges Eigentum*, 15, 3, 2023, pp. 277-294.
- G.B. BORN/S. EBERMANN, “A New Patent Mediation and Arbitration Centre for Europe”, *Journal of International Arbitration*, 40, 3, 2023, pp. 231-244.
- H. BOSHER/E. ROSATI (EDS.), *Developments and directions in intellectual property law: twenty years of the IPKat*, Oxford, Oxford University Press, 2023.

- P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Mercados en línea e infracción de marcas: extensión de la responsabilidad de las plataformas: Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de diciembre de 2022, asuntos acumulados C-148/21 y C-184/21, Louboutin”, *La Ley Unión Europea*, nº 111, 2023.
- P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Lugar de destino de las actividades en línea, infracción de marcas y tribunales competentes: Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala Quinta, de 27 de abril de 2023: as. C 104/22: Lännen”, *La Ley Unión Europea*, nº 114, 2023.
- P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “El criterio de origen y los derechos de autor: radiodifusión vía satélite, distribución por cable e interacción con los servicios digitales: Sentencia Tribunal de Justicia 25 de mayo de 2023, as. C-290/21.: AKM: (Fourniture de bouquets satellitaires en Autriche)”, *La Ley Unión Europea*, nº 117, 2023.
- T.W. DORNIS, “Das Recht am Algorithmus”, *Zeitschrift für geistiges Eigentum*, 15, 2, 2023, pp. 154-191.
- I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, “La transposición al ordenamiento español de la Directiva 2019/790, de derechos de autor y derechos afines en el Mercado Único Digital”, *La Ley Unión Europea*, nº 116, julio 2023.
- J. GIORDANO, “El criterio de ‘las actividades dirigidas’ en la determinación de la competencia judicial internacional en materia de infracción de marcas de la Unión: la STJUE C-104/22 *Lännen MCE*”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 46, 2023, pp. 371-387.
- F. HERRMANN, “Going Digital – A European Copyright Perspective on E-Lending”, *Zeitschrift für geistiges Eigentum*, 15, 3, 2023, pp. 295-332.
- M. ILESIC, “Anuncios publicados en Internet por terceros vendedores que utilizan en esos anuncios un signo idéntico a una marca ajena para productos idénticos a aquellos para los que esta está registrada: TJ, Gran Sala, S 22 Dic. 2022. Asuntos acumulados C-148/21 y C-184/21: Louboutin (Usage d’un signe contrefaisant sur un marché en ligne)”, *La Ley Unión Europea*, nº 111, 2023.
- M. ILESIC, “Competencia de los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se hubiere cometido o pudiere cometerse la violación de una marca: TJ, Sala Quinta, S 27 Abr. 2023. Asunto C 104/22: Lännen”, *La Ley Unión Europea*, nº 114, 2023.
- I. ILEŠIČS, “Competencia del órgano jurisdiccional ante el que se ha ejercitado la acción con respecto a los codemandados domiciliados fuera del Estado miembro del foro: TJ, Sala Quinta, 7 Sep. 2023. Asunto C-832/21: Beverage City Polska”, *La Ley Unión Europea*, nº 118, 2023.
- R.M. JANAL, “Die Datenschutzgrundverordnung: Bereit für das Internet der Dinge?”, *Zeitschrift für geistiges Eigentum*, 15, 1, 2023, pp. 1-22.
- F. KAHL, *Zum Spannungsverhältnis von Kunstfreiheit und Urheberrecht. Die Bedeutung der Kunstfreiheit für die Beschränkungen des deutschen und europäischen Urheberrechts*, Berlin, Duncker & Humblot, 2023.
- I. KLÜNKER, “Die genetische Ressource als Immaterialgut”, *Zeitschrift für geistiges Eigentum*, 15, 2, 2023, pp. 121-153.
- V. KRAETZIG, “Kommunikationsregulierung durch Urheberrecht”, *Zeitschrift für geistiges Eigentum*, 15, 2, 2023, pp. 218-237.
- L. KUSCHEL, “Urheberrechtsverletzung auf Hoher See (LG Hamburg, S. 81)”, *IPRax*, 2023, 1, pp. 42-45.
- L. LUNDSTEDT, *Cross-Border Trade Secret Disputes in the European Union: Jurisdiction and Applicable Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2023.
- C. LYCOURGOS, “Aplicación a una infracción de dibujos y modelos comunitarios de Ley del País en el que se haya cometido la infracción del derecho de propiedad intelectual: TJ, Sala Quinta, S 3 Mar. 2022. Asunto C-421/20: Acacia Srl”, *La Ley Unión Europea*, nº 115, 2023.
- M. DEL M. MAROÑO GARGALLO, “Marcas no tradicionales. Especial referencia a la marca patrón, la marca de posición y la marca de color”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 1, 2023, pp. 491-516.
- B. MARUŠIĆ, *The autonomous legal concept of communication to the public: interpretation in EU copyright law*, Northampton, Edward Elgar Publishing, 2023.
- C. MEO, “Are Italian rules on copyright collective management in line with EU law?”, *GRUR Int*, 2023, 3, pp. 231-236.
- S. MUKHERJEE, *Patent exhaustion and international trade regulation*, Leiden, Boston, Brill Nijhoff, 2023.

- A. REY CENDÓN/R. ALEGRE, “Criterios jurisprudenciales del Tribunal de Justicia para la determinación de la ley aplicable a las acciones conexas a una acción de infracción de diseño comunitario: Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de marzo de 2022, asunto C-421/20: *Acacia v. BMW*”, *La Ley Unión Europea*, nº 115, 2023.
- C. SAIZ GARCÍA/J. LÓPEZ RICHART (EDS.), *Digitalización, acceso a contenidos y propiedad intelectual*, Madrid, Dykinson, 2023.
- H. SCHACK, “Vervielfältigung und/oder Bearbeitung oder freie Benutzung?”, *Zeitschrift für geistiges Eigentum*, 15, 3, 2023, pp. 263-276.
- L. USUNIER, “Compétence internationale des juridictions françaises en matière d’action en contrefaçon d’un brevet européen - Civ., 29 juin 2022, nº 21-11.085”, *Revue critique de droit international privé*, 2023-2, pp. 395-408.
- H. ZECH, “Materielle und immaterielle Güter – Die Güterzuweisungsfunktion des Privatrechts”, *Zeitschrift für geistiges Eigentum*, 15, 1, 2023, pp. 53-78.
- I. ZIEMELE, “Gestión colectiva de derechos de autor y de derechos afines a los derechos de autor en el ámbito musical contra compañías de transporte: STJ, Sala Sexta, 20 Abr. 2023. Asunto C-775/21: *Blue Air Aviation*”, *La Ley Unión Europea*, nº 115, 2023.
- I. ZIEMELE, “Lugar del acto de explotación mediante el que el proveedor de paquetes vía satélite colabora en la emisión de los programas en otro Estado miembro: TJ, Sala 1ª, S 25 May. 2023. Asunto C-290/21: *Staatlich genehmigte Gesellschaft der Autoren, Komponisten und Musikverleger Reg. Gen. mbH (AKM)*”, *La Ley Unión Europea*, nº 117, 2023.

Obligaciones extracontractuales

- S. ARNOLD, Zur Haftung transnational tätiger Unternehmen für Klimawandelschäden”, en T. GARBER (ED.), *Festschrift Matthias Neumayr*, vol. 1, Wien, Manz, 2023, pp. 777-792.
- D. ASHTON, *Competition damages actions in the EU and the UK: law and practice*, 3ª ed., Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2023.
- A. BETZELT, *Anspruchskonkurrenz bei grenzüberschreitendem Lebenssachverhalt*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2023.
- B. BORNEMANN/J. SUDEROW, “España a la cabeza en la litigación derivada del cártel de los fabricantes de camiones. Primeras sentencias del Tribunal Supremo Español y su relevancia en Europa”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 2, 2023, pp. 1040-1050.
- E. BRANDENBURG, “Der Einfluss Josef Kohlers auf die Entstehung des deutschen Lauterkeitsrechts im 19. Jahrhundert”, *Zeitschrift für geistiges Eigentum*, 15, 2, 2023, pp. 192-216.
- J.M. CHOZAS ALONSO, “Costas en litigios sobre reclamación de daños y perjuicios derivados del ‘Cártel de fabricantes camiones’ y el principio de autonomía procesal de los estados miembros de la Unión Europea. Comentarios de jurisprudencia: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea C-312/21”, *REDE. Revista española de Derecho europeo*, nº 86, 2023, pp. 103-134.
- M. COCA PAYERAS, “Las iniciativas de la Unión Europea sobre inteligencia artificial: De la persona electrónica al difícil equilibrio entre la necesidad de impulsarla y evitar sus riesgos”, *Revista de Derecho Civil*, 10, 2, 2023, pp. 3-40.
- G. CONTALDI, “Aspetti problematici della giustizia climatica”, *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, nº 3, 2023, pp. 567-578.
- M.J. COSTEIRA, “Operaciones de retorno: se desestima el recurso de indemnización de varios refugiados sirios contra Frontex tras su devolución de Grecia a Turquía: TG, Sala Sexta, S 8 Sep. 2023. Asunto T-600/21: *WS y otros / Frontex*”, *La Ley Unión Europea*, nº 119, 2023.
- P. CREMADES GARCÍA, “El ciberacoso en el teletrabajo y el daño moral derivado”, en A. ORTEGA GIMÉNEZ/L.S. HEREDIA SÁNCHEZ (COORD.), *Teletrabajo y Derecho internacional privado: problemas y soluciones*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2023, pp. 271-299.
- Z. CSEHI, “Responsabilidad por los daños causados por un gestor de una red de distribución de electricidad que modifica el nivel de tensión de la electricidad para su distribución: TJ, Sala Décima,

- S 24 Nov. 2022. Asunto C-691/21: Cafpi SA, Aviva assurances SA”, *La Ley Unión Europea*, nº 112, 2023.
- D. CUENCA PINKERT, “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”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 1, 2023, pp. 936-947.
- M. DANOV, *Private International Law and Competition Litigation in a Global Context*, Oxford, Hart Publishing, 2023.
- P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Reglamento General de Protección de Datos: Coordinación entre la aplicación pública y la aplicación privada”, *La Ley Unión Europea*, nº 112, 2023.
- P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Requisitos del derecho a indemnización en el Reglamento General de Protección de Datos”, *La Ley Unión Europea*, nº 115, 2023.
- L. DI ANSELMO, “Le azioni di private enforcement nel quadro della normativa dell’Unione europea sulla qualità dell’aria alla luce dei recenti sviluppi giurisprudenziali: un percorso ancora incompiuto?”, *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, nº 3, 2023, pp. 663-689.
- F. DÍEZ ESTELLA, “De nuevo la batalla por la cuantificación del daño y la estimación judicial: La STJUE Tráficos Manuel Ferrer”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 2, 2023, pp. 1187-1212.
- P. DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, “El requisito de la patología del daño inmaterial no contraría el efecto útil o la realización del objetivo de protección de las víctimas de accidentes de tráfico consagrado en la normativa europea: Sentencia del Tribunal de Justicia 15 de diciembre de 2022, asunto C-577/21: LM y NO y HUK-COBURG”, *La Ley Unión Europea*, nº 113, 2023.
- A. DUTTA/C. HEINZE, *Die Rückforderung von Glücksspieleinsätzen im Internet: Überlegungen zu den sogenannten “Spielerklagen”*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2023.
- C. FELIZIANI, “Dall’accesso alla giustizia in materia ambientale alla giustizia ambientale”, *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, nº 3, 2023, pp. 597-613.
- D.A. FISCHER ET AL., *Products liability: cases and materials*, 6ª ed., Eagan, MN, West Academic Publishing, 2023.
- H. FLEISCHER, “Klimaklagen gegen Vorstandsmitglieder. Englische Fälle und deutsches Recht”, *Die Aktiengesellschaft*, 2023, pp. 833-844.
- J. GALLEL MORAGUES, “Los daños morales y su aplicación a los arbitrajes de inversión”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 14, 2023.
- S. GARCIA LONG, “A public-private prosecutor: enforcing EU law through punitive damages”, *GPR*, 2023, 4, pp. 130-146.
- S. GASCHÉ, *Responsible trading in raw materials: regulatory challenges of international trade in raw materials*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2023.
- M. GAVALÉC, “Inexistencia de obligación de que el pasajero se presente al embarque aunque haya sido informado previamente de la denegación de embarque: TJ, Sala Octava, S 24 Oct. 2023. Asunto C-238/22: LATAM Airlines Group”, *La Ley Unión Europea*, nº 119, 2023.
- I. GAY QUINZÁ, “¿Sería posible obtener el reconocimiento y ejecución en España de un laudo extranjero que contenga una condena de ‘punitive damages’?”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 15, 2023.
- M.A. GEISTFELD/E. KARNER/B.A. KOCH/C. WENDEHORST (EDS.), *Civil liability for artificial intelligence and software*, Berlin, Boston, De Gruyter, 2023.
- P. GONZÁLEZ BELUCHE, “La adaptación de la Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio, en materia de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos a la cuarta revolución industrial”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 2, 2023, pp. 446-488.
- M. HABERSACK/P. ZICKGRAF, “Sorgfaltspflichten und Haftung in der Lieferkette als Regelungsmodell: Rechtsentwicklung – Rechtsvergleichung – Rechtsökonomik – Rechtsdogmatik”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 87, 3, 2023, pp. 532-607.
- B. HEIDERHOFF/I. QUEIROLO (ED.), *EU and private international law: trending topics in contracts, successions and civil liability*, Napoli, Editoriale scientifica, 2023.
- H. HISS, *Bündelung von Kartellschadensersatzansprüchen im Lichte des Rechtsdienstleistungsgesetzes*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2023.

- L. HORNKOHL, “Die internationalzivilprozessualen Folgen der unionskartellrechtlichen Konzernhaftung (EuGH, Rs. C-882/19, S. 294)”, *IPRax*, 2023, 3, pp. 254-263.
- L. HÜBNER/M. LIEBERKNECHT, “Der Fall Okpabi – Vorläufiger Höhe- und Schlusspunkt der Human Rights Litigation in England?”, *IPRax*, 2023, 4, pp. 407-417.
- L. HUSSMANN, *International anwendbare Streitgenossenschaftsgerichtsstände: unter besonderer Berücksichtigung der sogenannten “Menschenrechtsklagen” gegen Unternehmen*, Zürich, sui generis, 2023.
- G. IZQUIERDO GRAU, “La causa de exoneración de los riesgos por desarrollo en el nuevo paradigma digital”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 2, 2023, pp. 650-664.
- J.J. IZQUIERDO JIMÉNEZ/M. ROBLES CHÁFER, “Principio del ‘favor recognitionis’ y otras cuestiones prácticas en el reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros: Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 8 de marzo de 2023”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 15, 2023.
- N. JÄÄSKINEN, “Derecho a indemnización por los daños y perjuicios causados por un tratamiento de datos en infracción del Reglamento de tratamiento de datos personales (TJ 3ªS 4 May. 2023, as. C-300/21: Österreichische Post): TJ, Sala Tercera, S 4 May. 2023. Asunto C-300/21: Österreichische Post”, *La Ley Unión Europea*, nº 115, 2023.
- I. JARUKAITIS, “Fallecimiento de un pasajero en accidente de tráfico: Derecho a indemnización de los hijos menores de edad únicamente en caso de daño patológico: TJ, Sala Décima, S15 Dic. 2022. Asunto C-577/21: LM, NO y HUK-COBURG-Allgemeine Versicherung AG”, *La Ley Unión Europea*, nº 113, 2023.
- P. JUNG/U.G. SCHROETER (HRSG.), *Unternehmerische Verantwortung in Lieferketten*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2023.
- P. KARA, *Tort Liability in Multinational Corporate Groups: A Comparative Analysis with Particular Focus on Turkey*, Cham, Springer International Publishing, 2023.
- U. KISCHEL/M. RODI (EDS.), *Driving without a Driver: Autonomous Driving as a Legal Challenge. Proceedings of the 38th Congress of the Society of Comparative Law in Tübingen, September 29 to October 1, 2022*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2023.
- B.A. KOCH, “Die kollisionsrechtliche Beurteilung der Haftung für fehlerhafte Produkte”, en T. GARBER (ED.), *Festschrift Matthias Neumayr*, vol. 1, Wien, Manz, 2023, pp. 833-850.
- C. KÖNIG, *Unternehmenshaftung: dogmatische Rekonstruktion der deliktischen Schadensersatzhaftung von Unternehmensträgern*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2023.
- C. KOHLER, “In der Fehlhalde: Der EuGH beharrt auf der Mosaiklösung bei der Bestimmung der gerichtlichen Zuständigkeit im Fall der Verbreitung verletzender Inhalte im Internet (EuGH, Rs. C-251/20, S. 62)”, *IPRax*, 2023, 1, pp. 14-19.
- T. KONO, “Strafschadensersatz und proaktive Anwendung des ordre public im Rahmen der Anerkennung ausländischer Urteile in Japan”, *IPRax*, 2023, 6, pp. 579-580.
- R. LAFUENTE SÁNCHEZ, “Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales y normas de prescripción: acción de un tercero subrogado en los derechos del perjudicado contra la compañía aseguradora del causante del daño: Sentencia del Tribunal de Justicia 17 de mayo de 2023, asunto C-264/22, Fonds de Garantie des Victimes des Actes de Terrorisme and d’Autres Infractions (FGTI)”, *La Ley Unión Europea*, nº 117, 2023.
- R. LAFUENTE SÁNCHEZ, “Régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial y vehículos automatizados: compatibilidad con las normas de Derecho internacional privado”, en A. FERNÁNDEZ PÉREZ (COORD.), *El Derecho internacional privado ante la(s) crisis de la globalización: III Foro europeo de Derecho internacional privado*, Las Rozas, Navarra, Aranzadi, 2023, pp. 97-129.
- K. LIGETI/M. LUCHTMAN/J. VERVAELE (EDS.), *EU enforcement authorities: punitive law enforcement in a composite legal order*, London, Hart Publishing, 2023.
- T. LUTZI, “Art. 7 Nr. 2 EuGVVO als Regelung der internationalen und örtlichen Zuständigkeit für Kartellschadensersatzklagen (EuGH, Rs. C-20/30, S. 65)”, *IPRax*, 2023, 1, pp. 20-23.

- C. LYCOURGOS, “Aplicación a una infracción de dibujos y modelos comunitarios de Ley del País en el que se haya cometido la infracción del derecho de propiedad intelectual: TJ, Sala Quinta, S 3 Mar. 2022. Asunto C-421/20: Acacia Srl”, *La Ley Unión Europea*, nº 115, 2023.
- P. MANKOWSKI, “Die akzessorische Anknüpfung des Deliktsstatuts nach Art 4 III 2 Rom II-VO”, en T. GARBER (ED.), *Festschrift Matthias Neumayr*, vol. 1, Wien, Manz, 2023, pp. 865-878.
- F. MARONGIU BUONAIUTI, “L’incidenza della disciplina della giurisdizione nelle azioni nei confronti delle società multinazionali per danni all’ambiente sul diritto di accesso alla giustizia”, *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, nº 3, 2023, pp. 634-653.
- M. MEVISSSEN, *Die Haftung für Kartellschäden im System des allgemeinen Deliktsrechts*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2023.
- M.-Á. MICHINEL ÁLVAREZ, “El TJUE y el Derecho internacional privado. Ante la digitalización de bienes y servicios”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 1, 2023, pp. 573-609.
- M. MONTINI, “La giustizia climatica nell’Unione europea: il caso Carvalho e le prospettive future”, *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, nº 3, 2023, pp. 654-662.
- G. MORENO CORDERO, “La justicia adversarial frente a las nuevas tendencias en la resolución alternativa de daños masivos a los consumidores. El ajuste al modelo español”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 1, 2023, pp. 666-688.
- N. NOMS HEREDIA, “Estimación judicial del daño y costas procesales en litigios ‘antitrust’: Sentencia del Tribunal de Justicia 2ª 16 de febrero de 2023, as. C-312/2021: Tráficos Manuel Ferrer, S.L., D. Ignacio y Daimler, AG.”, *La Ley Unión Europea*, nº 117, 2023.
- M.C. NÚÑEZ ZORRILLA, “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”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 1, 2023, pp. 689-723.
- X. ORBEGOZO MIGUEL, “Embargo preventivo y declaración de avería gruesa. A propósito del incidente del buque Ever Given”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 1, 2023, pp. 724-737.
- A. ORTEGA GIMÉNEZ, “Derecho a indemnización por los daños y perjuicios causados por un tratamiento de datos en infracción del RGPD, tras la STJ de 4 de mayo de 2023”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 87, julio-septiembre 2023, pp. 85-107.
- J. OSTER, “Gefällt Facebook nicht: Die Zähmung eines Datenriesen durch Internationales Datenschutz-Privatrecht”, *IPRax*, 2023, 2, pp. 198 - 205.
- L. PAILLER, “La localisation du dommage”, *Revue internationale de droit comparé*, nº 2, 2023, pp. 323-344.
- G. PANE, “Pro e contro dei rimedi domestici: prospettive di sinergia europea nel contenzioso climatico collettivo”, *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, nº 2, 2023, pp. 375-393.
- S. PARRA MARTÍNEZ, Dispute boards: perspectivas de uso en España”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 15, 2023.
- Z. PEPLAWSKA-DABROWSKA, “Liability for damages arising from accidents involving autonomous vessels & the conflict-of-law rules”, *Anuario de Estudios Marítimos*, nº 2, 2023, pp. 225-239.
- A. PÉREZ GIL, “El Código de conducta para árbitros y el Código de conducta para jueces de CNUDMI: un paso hacia la independencia, imparcialidad y transparencia en la solución de controversias internacionales entre inversionistas y Estados”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 15, 2023.
- E. PICAND ALBÓNICO, “El principio pro-arbitraje y la interpretación de las cláusulas arbitrales ambiguas en la jurisprudencia chilena: comentarios a propósito del caso Tarascona”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 15, 2023.
- N. PIÇARRA, “La responsabilidad objetiva de las compañías aéreas establecida por el Convenio de Montreal engloba los primeros auxilios inadecuados dispensados a bordo: Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala Tercera, de 6 de julio de 2023. Asunto C-510/21: Austrian Airlines”, *La Ley Unión Europea*, nº 117, 2023.
- V. PIRONON, “L’adaptation des règles de compétence juridictionnelle issues du règlement Bruxelles I bis aux actions en réparation des préjudices causés par une pratique anti-concurrentielle”, *Journal de droit international Clunet*, 2023-I, pp. 79-94.

- S. QUINN, “Considérations de méthode: l'exemple du conflit de lois en matière délictuelle. Restatement III de l'American Law Institute et règlement Rome II de l'Union européenne”, *Revue critique de droit international privé*, 2023-1, pp. 25-38.
- F. RATTO TRABUCCO, “Neurorights between ethical and legal implications”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 1, 2023, pp. 750-757.
- M.D. REQUENA DE TORRE, “¿Un gran poder conlleva una gran responsabilidad? El caso de Frontex: Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, Sala Sexta, 6 de septiembre de 2023, asunto 600/21: WS y otros/Frontex”, *La Ley Unión Europea*, nº 119, 2023.
- A. REY CENDÓN/R. ALEGRE, “Criterios jurisprudenciales del Tribunal de Justicia para la determinación de la ley aplicable a las acciones conexas a una acción de infracción de diseño comunitario: Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de marzo de 2022, asunto C-421/20: Acacia v. BMW”, *La Ley Unión Europea*, nº 115, 2023.
- M.J. REYES LÓPEZ, “La protección al consumidor al hilo de las nuevas propuestas legislativas comunitarias”, *Actualidad civil*, nº 7-8, 2023.
- B.J. RODGER/M.S. FERRO/F. MARCOS (EDS.), *Research Handbook on Private Enforcement of Competition Law in the EU*, Northampton, 2023.
- A.M. RODRÍGUEZ GUITIÁN, “El Dieseltgate y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Reflexiones a propósito de tres pronunciamientos de 14 de julio de 2022)”, *ADC*, t. LXXVI, fasc. II, abril-junio 2023, pp. 727-792.
- S. RODRÍGUEZ LLAMAS, “La responsabilidad civil de los distribuidores de energía eléctrica conforme a la interpretación de la Directiva 85\374\CEE por el TJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia 24 de noviembre de 2022, asunto C-691/21: Cafpi SA, Aviva assurances SA y Enedis SA”, *La Ley Unión Europea*, nº 112, 2023.
- J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “La publicidad de l@s influencers”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 2, 2023, pp. 833-852.
- R. RUIZ RODRÍGUEZ, “Aplicación de la jurisprudencia *Wikinghof* del TJUE sobre delimitación entre materia contractual y extracontractual a supuestos de infracción del secreto comercial”, en A. FERNÁNDEZ PÉREZ (COORD.), *El Derecho internacional privado ante la(s) crisis de la globalización: III Foro europeo de Derecho internacional privado*, Las Rozas, Navarra, Aranzadi, 2023, pp. 183-207.
- M. SAFJAN, “Lugar en el que se ha producido el hecho dañoso en una acción ejercitada por un síndico contra un tercero en interés de los acreedores para determinar la competencia judicial: TJ, Sala Octava, S 10 Mar. 2022. Asunto C-498/20: ZK y BMA Braunschweigische Maschinenbauanstalt AG”, *La Ley Unión Europea*, nº 117, 2023.
- S. SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, “Información engañosa al inversor. De nuevo sobre la localización del daño puramente financiero”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 1, Marzo 2023, pp. 806-826.
- R. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, “Desaconsejable interpretación restrictiva del alcance del convenio arbitral ‘ratione materiae’: la diferenciación en el ámbito del proceso constructivo de la responsabilidad ‘ex contractu’ y ‘ex lege’ (LOE)”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 14, 2023.
- F. SARTORI, “Sull’ammissibilità di un’eterointegrazione tra legge straniera e *lex fori* in materia di risarcimento del danno non patrimoniale”, *RDIPP*, LIX, 2, 2023, pp. 314-336.
- A. SCHWARTZE, “Die Produkthaftung als kollisionsrechtlicher Sonderfall: Rechtsvergleichende Überlegungen zu Art 5 Rom II-Verordnung”, en F. HEINDLER/K. HUBER/J. SCHACHERREITER (HRSG.), *Liber Amicorum Bea Verschraegen*, Wien, MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2023, pp. 245-258.
- S. SCHWEMMER, “Deliktische Direktansprüche der Gläubiger einer insolventen Einzelgesellschaft gegen die ausländische Großmuttergesellschaft”, *IPRax*, 2023, 2, pp. 149-154.
- S. SOBOTTA, *Die Haftung privater Militärunternehmen: eine Analyse der US-amerikanischen Zivilrechtsprechung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2023.
- B. SOYER/A. TETTENBORN (EDS.), *Damages, recoveries, and remedies in shipping law*, Abingdon, Oxon, UK, New York, NY, Informa Law from Routledge, 2023.

- O. SPINEANU MATEI, “Indemnización de la víctima de un accidente causado por una embarcación en un Estado miembro: TJ, Sala Novena, S 17 May. 2023. Asunto C-264/22: Fonds de Garantie des Victimes des Actes de Terrorisme et d’Autres Infractions (FGTI) y Victoria Seguros SA”, *La Ley Unión Europea*, nº 117, 2023.
- R.C. STENDEL, *Immaterieller Schadensersatz und der Wandel völkerrechtlicher Privatrechtsanalogien*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2023.
- J. SUDEROW/C. KRÜGER, “La presunción del daño causado por un ilícito antitrust según el Tribunal Federal Alemán (*Bundesgerichtshof*)”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 1, Marzo 2023, pp. 1068-1075.
- M. SWAMY-VON ZASTROW, *Der Kartellregress im Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, München, C.H. Beck, 2023.
- A.J. TAPIA HERMIDA, “Responsabilidad de los fabricantes de vehículos equipados con dispositivos de desactivación prohibidos frente a los compradores: Sentencia del Tribunal de Justicia, Gran Sala, de 21 de marzo de 2023, as. C-100/21, Mercedes-Benz Group”, *La Ley Unión Europea*, nº 114, 2023.
- C. THOLE, “Hoheitlich erlangte Beweismittel und die Einordnung wettbewerbsrechtlicher Klagen als Zivilsache i.S.d. Art. 1 EuGVVO”, *IPRax*, 2023, 6, pp. 524-526.
- A. TORRONI, “Conclusioni: Verso una giustizia climatica globale”, *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, nº 3, 2023, pp. 690-699.
- C. VANLEENHOVE/L. MEURKENS (EDS.), *The recognition and enforcement of punitive damages judgments across the globe: insights from various continents*, Den Haag, Eleven, 2023.
- F. VIRZI/A. ELBERDIN, “El control jurisdiccional de la motivación del laudo: STSJ del País Vasco de 23 de diciembre de 2022”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 15, 2023.
- S. VUATToux-BOCK, *Schiffskollision, höhere Gewalt und autonome Schifffahrt: eine deutsch-französische Untersuchung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2023.
- R. WAGNER, “Handlungsortsanknüpfungen im autonomen deutschen Internationalen Privatrecht”, en T. GARBER (ED.), *Festschrift Matthias Neumayr*, vol. 1, Wien, Manz, 2023, pp. 907-918.
- N. WAHL, “Norma procesal civil nacional en virtud de la cual en caso de estimación parcial de las pretensiones, cada parte abonará sus propias costas y la mitad de las costas comunes: TJ, Sala, Sala Segunda, S 16 Feb. 2023. Asunto C-312/21: Tráficos Manuel Ferrer”, *La Ley Unión Europea*, nº 117, 2023.
- P.G. XUEREB, “Homologación de los vehículos de motor: Dispositivo de desactivación para la reducción de las emisiones de óxidos de nitrógeno (NOx) limitada por una ‘ventana de temperaturas’: TJ, Gran Sala, S 21 Mar. 2023. Asunto C-100/21: Mercedes-Benz Group”, *La Ley Unión Europea*, nº 113, 2023.
- P.G. XUEREB, “Responsabilidad de los fabricantes de vehículos equipados con dispositivos de desactivación: TJ, Sala, Gran Sala, S 21 Mar 2023. Asunto C-100/21: Mercedes-Benz Group”, *La Ley Unión Europea*, nº 114, 2023.
- T. YATES/J. PLOTKIN, “Ontario Court of Appeal confirms threshold for obtaining a stay in favour of arbitration: Husky Food Importers & Distributors Ltd. v. JH Whittaker & Sons Limited, 2023”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 15, 2023.

Insolvencia internacional

- J. ADAMS KIRSHNER/Y. CHATARD, “Cross-border insolvency under the UNCITRAL Model Laws and the European Insolvency Regulation”, en R. GULATI/T. JOHN/B. KÖHLER (EDS.), *The Elgar Companion to UNCITRAL*, Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing, 2023, pp. 428-441.
- G. AFFAKI, “Alternative dispute resolution mechanisms in the enforcement of security interests and insolvency”, *Revue internationale de droit comparé*, nº 2, 2023, pp. 405-436.

- Á.M. BALLESTEROS BARROS, ““Brexit” y Gibraltar: establecimiento, reestructuración e insolvencia de sociedades”, en I. GONZÁLEZ GARCÍA (DIR.), *El Brexit en la cooperación transfronteriza entre Gibraltar, Campo de Gibraltar y Andalucía*, Madrid, Dykinson, 2023, pp. 263-288.
- A. BAUER, *Die effektive Einzel- und Gesamtvollstreckung von Blockchain-basierten Kryptowährungen*, Berlin, Duncker & Humblot, 2023.
- S. BEALE/P. KEDDIE/T. BROMLEY-WHITE, *Insolvency and restructuring manual*, 4ª ed., London et al., Bloomsbury Professional, 2023.
- C. BELLIDO GONZÁLEZ DEL CAMPO, “La nueva regulación del Derecho preconcursal”, en A. FILLLOL MAZO/R.D.PÉREZ CALLE (COORD.), *Un mundo en aceleración: las ciencias jurídicas, económicas y sociales ante los retos del siglo XXI*, Madrid, Dykinson, 2023, pp. 285-300.
- A. BETZELT, *Anspruchskonkurrenz bei grenzüberschreitendem Lebenssachverhalt*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2023.
- B. BOMBE, *Die Abgrenzung von Gesellschafts- und Insolvenzstatut im Lichte des Kornhaas-Urteils des EuGH*, Berlin, Duncker & Humblot, 2023.
- A. BONOMI/M. LEHMANN/S. LALANI (EDS.), *Blockchain and private international law*, Leiden, Boston, Brill/Nijhoff, 2023.
- R. BORK, *Einführung in das Insolvenzrecht*, 11ª ed., Tübingen, Mohr Siebeck, 2023.
- M. BRINKMANN, “Im Ausland erteilte Restschuldbefreiung und späteres Erkenntnisverfahren im Inland: Rechtskraft sticht Wirkungserstreckung!”, *IPRax*, 2023, nº 2, pp. 169-171.
- D. BUREAU, “Sort des droits réels dans une procédure d’insolvabilité et prescription d’une créance hypothécaire (Civ. Ire, 28 septembre 2022, nos 20-21.627, 20-21.628)”, *Revue critique de droit international privé*, 2023, 1, pp. 245-249.
- A. DE SOVERAL MARTINS/C. GÓMEZ ASENSIO (COORD.), *Reestruturaco de empresas e exonerao do passivo restante em Portugal e Espanha / Reestructuracin de empresas y exoneración de deuda en Portugal y Espaa*, Coimbra, Instituto Jurídico, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, 2023.
- S.S. ELLINGSAETER, *Creditor priority in European bank insolvency law: Financial stability and the hierarchy of claims*, Oxford, Hart Publishing, 2023.
- E. FARNOUX, “Le règlement Insolvabilité à l’épreuve des pre-pack cession: l’action fondée sur le transfert du contrat de travail n’est pas connexe à la procédure collective”, *Revue critique de droit international privé*, 2023-01, pp.103-120.
- M. FERLING, *Digitale Information als Kreditsicherheit: Unternehmensfinanzierung der Zukunft?*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2023.
- L. FEY, *Bedürftige Erben: Testierfreiheit versus Sittenwidrigkeit bei Bedürftigen- und Überschuldetentestamenten*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2023.
- E. GÓMEZ VALENZUELA, “Regulación de los procedimientos de insolvencia en la Unión Europea”, en A. FILLLOL MAZO/R.D.PÉREZ CALLE (COORD.), *Un mundo en aceleración: las ciencias jurídicas, económicas y sociales ante los retos del siglo XXI*, Madrid, Dykinson, 2023, pp. 320-338.
- J.C. GREVE, *Die grenzüberschreitende Restrukturierung von Kapitalgesellschaften: eine Untersuchung der Richtlinie (EU) 2019/1023 aus der Perspektive des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2023.
- J. HARTEN, *Universalität im Internationalen Insolvenzrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2023.
- T. KINDT, “Der Pechstein-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts - Eher mahnender Fingerzeig denn schallende Ohrfeige Richtung Lausanne (BVerfG, S. 285)”, *IPRax*, 2023, 3, pp. 243-250.
- T. KINDT, *Transnationale Verträge im nationalen Recht: Theorie und Dogmatik transnationaler Ordnungsstrukturen am Beispiel von Musterverträgen im Finanzbereich*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2023.
- G. KODEK, “Ausländische Staateninsolvenz als Herausforderung für den nationalen Gesetzgeber”, en F. HEINDLER/K. HUBER/J. SCHACHERREITER (HRSG.), *Liber Amicorum Bea Verschraegen*, Wien, MANZ’sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2023, pp. 115-132.

- N. KRANZHÖFER, *Ausländische öffentlich-rechtliche Forderungen in der Insolvenz: zur Befugnis von Gläubigern aus ausländischem öffentlichem Recht zur Teilnahme an deutschen Insolvenzverfahren*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2023.
- F. KRATZLMEIER, *Die grenzüberschreitende Unternehmensrestrukturierung im europäischen Rechtsrahmen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2023.
- H. KRÜGER, *Insolvenzbezogene Pflichten von Unternehmensleitung und Beratern nach der sog. Restrukturierungsrichtlinie RL (EU) 2019/1023 und dem StaRUG*, Berlin, Duncker & Humblot, 2023.
- J. LANDBRECHT, *Rechtssprachliche Kommunikation: im Kontext von Zivilrecht, EU-Recht, Rechtsvergleichung und schiedsrichterlichem Verfahren*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2023.
- L. LECOUTRE, *Die deutsche Ausgestaltung des Rechtsbehelfs nach Art. 5 EuInsVO*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2023.
- A. LEIPSON, *Der Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung in der EuInsVO und nationalen Rechtsordnungen*, Lausanne, Berlin, Bruxelles, Cennai, New York, Oxford, Peter Lang, 2023.
- J. LOCHER, *Schutz von Sanierungsfinanzierungen in Liquidationsverfahren: ein deutsch-französischer Rechtsvergleich*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2023.
- A.L. MARISCAL GONZÁLEZ, “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”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 1, Marzo 2023, pp. 998-1007.
- M. MEDINA ORTEGA, “La aceptación de activos digitales como garantía jurídica”, en A. FERNÁNDEZ PÉREZ (COORD.), *El Derecho internacional privado ante la(s) crisis de la globalización: III Foro europeo de Derecho internacional privado*, Las Rozas, Navarra, Aranzadi, 2023, pp. 209-218.
- I. MEVORACH, “Insolvency standards, model laws, and cooperation in cross-border insolvency: the role and impact of UNCITRAL’s instruments”, en R. GULATI/T. JOHN/B. KÖHLER (EDS.), *The Elgar Companion to UNCITRAL*, Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing, 2023, pp. 410-427.
- M. SAFJAN, “Lugar en el que se ha producido el hecho dañoso en una acción ejercitada por un síndico contra un tercero en interés de los acreedores para determinar la competencia judicial: TJ, Sala Octava, S 10 Mar. 2022. Asunto C-498/20: ZK y BMA Braunschweigische Maschinenbauanstalt AG”, *La Ley Unión Europea*, nº 117, 2023.
- A. SCHMIDT (HRSG.), *EuInsVO: Europäische Insolvenzverordnung mit Restschuldbefreiung und Nachlassinsolvenz in der EU: Kommentar*, 2ª ed., Hürth, Carl Heymanns Verlag, 2023.
- S. SCHWEMMER, “Deliktische Direktansprüche der Gläubiger einer insolventen Einzelgesellschaft gegen die ausländische Großmuttergesellschaft”, *IPRax*, 2023, 2, pp. 149-154.
- H.J. SIBONE, *Le traitement des risques de défaillances bancaires*, Paris, LGDJ, 2023.
- M. WATSON-GANDY, *Personal insolvency practice: litigation, procedure and precedents*, 3ª ed., London, Simmonds & Hill Publishing, 2023.
- B. WÖSSNER, *Entscheidungskollisionen unter der Brüssel Ia-Verordnung: eine Untersuchung zu Litispendenz und Anerkennungsversagung, unter Einbeziehung der Schiedsgerichtsbarkeit*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2023.
- P. ZEHLICKE, *Grenzüberschreitende Eingriffe in Drittsicherheiten durch Restrukturierungspläne nach dem StaRUG*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2023.

Libre circulación de decisiones en el ámbito patrimonial

- I. ANTÓN JUÁREZ, “El proceso europeo de escasa cuantía. Luces y sombras de un proceso clave para la reclamación transfronteriza de pequeñas deudas en la Unión Europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 1, Marzo 2023, pp. 63-87.
- I. ANTÓN JUÁREZ, “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*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 1, Marzo 2023, pp. 907-914.

- I. ANTÓN JUÁREZ, “El concepto resolución judicial a la luz del Reglamento UE nº 655/2014 por el que se establece la orden europea de retención de cuentas: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de abril de 2022, C-291/21”, *La Ley Unión Europea*, nº 115, 2023.
- F. BILTGEN, “Resolución judicial que condena a un deudor al pago de una multa coercitiva en caso de incumplimiento de una orden de cese: TJ, Sala Segunda, S 20 Abr. 2023. Asunto C 291/21: Starkinvest SRL”, *La Ley Unión Europea*, nº 115, 2023.
- R. CANALS VAQUER, “Procedimientos paralelos internacionales y de la protección en jurisdicciones de la UE de las cláusulas de sumisión a jurisdicción”, *La Ley Unión Europea*, nº 120, 2023.
- M. FERLING, *Digitale Information als Kreditsicherheit: Unternehmensfinanzierung der Zukunft?*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2023.
- A. FONT I SEGURA, “La suspensión de ejecución del título ejecutivo europeo por ‘circunstancias excepcionales’: Sentencia del Tribunal de Justicia, Sección Cuarta, de 16 de febrero de 2023, as. C-393/21: Lufthansa Technik AERO Alzey”, *La Ley Unión Europea*, nº 114, 2023.
- P. GERARDY, *Der materielle ordre public im Aufhebungs- und Vollstreckbarerklärungsverfahren nach §§ 1059-1061 ZPO: gerichtlicher Prüfungsmaßstab und Prüfungsumfang am Beispiel des “Kartelleinwands”*, Baden-Baden, Nomos, 2023.
- M. GRASSI, “La portata dell’obbligo di verifica del rispetto del diritto all’equo processo ai fini del riconoscimento e dell’esecuzione delle sentenze straniere: considerazioni a margine della sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo nel caso Dolenc c. Slovenia”, *Rivista di diritto internazionale*, 106, 2, 2023, pp. 463-475.
- T. KONO, “Strafschadensersatz und proaktive Anwendung des ordre public im Rahmen der Anerkennung ausländischer Urteile in Japan”, *IPRax*, 2023, 6, pp. 579-580.
- M. LEHMANN, “Scheibchenweise internationale Rechtsetzung: Die Bemühungen der Haager Konferenz um die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Urteilen in Zivil- oder Handelssachen”, en F. HEINDLER/K. HUBER/J. SCHACHERREITER (HRSG.), *Liber Amicorum Bea Verschraegen*, Wien, MANZ’sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2023, pp. 133-148.
- R. MONICO, “La Corte di Cassazione italiana si pronuncia sulla riconoscibilità in Italia di una sentenza di merito straniera preceduta dall’emissione di un freezing order: riflessioni a margine dell’ordinanza del 16 settembre 2021 n. 25064”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 2, 2023, pp. 1287-1300.
- M.F. MÜLLER, “Anforderungen an das verfahrenseinleitende Schriftstück eines Adhäsionsverfahrens im Rahmen des Anerkennungsversagungsgrunds der Verletzung rechtlichen Gehörs (BGH, S. 75)”, *IPRax*, 2023, 1, pp. 33-35.
- M. PIKA, “Auf dem Weg zu einem europäischen Schiedsverfahrensrecht oder zu außereuropäischen Schiedsorten? (EuGH, Rs. C-700/20, S. 280)”, *IPRax*, 2023, 3, pp. 238-242.
- C. SANTALÓ GORIS, “C-291/21, Starkinvest. Can a European Account Preservation Order be employed to secure a penalty payment?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 2, 2023, pp. 1356-1363.
- Y.-F.SHAO/L. CARBALLO PIÑEIRO/M.Q. MEJIA JR., “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”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 1, 2023, pp. 136-160.
- O. SPINEANU MATEI, “Suspensión de la ejecución de una resolución certificada como título ejecutivo europeo por circunstancias excepcionales: TJ, Sala Cuarta, S 16 Feb. 2023. Asunto C-393/21: Lufthansa Technik AERO Alzey”, *La Ley Unión Europea*, nº 114, 2023.
- R. WAGNER, “Europäischer Beschluss zur vorläufigen Kontenpfändung und Arrest mit nachfolgender Kontenpfändung”, *IPRax*, 2023, 1, pp. 1-7.
- M. WELLER ET AL. (EDS.), *The HCCH 2019 Judgments Convention: Cornerstones, Prospects, Outlook*, Oxford, Hart Publishing, 2023.
- D. WIEDEMANN, “Die Sicherung von Zwangsgeldern mittels Europäischer Kontenpfändung”, *IPRax*, 2023, 6, pp. 540-545.

Arbitraje y mediación

- G. AFFAKI, “Alternative dispute resolution mechanisms in the enforcement of security interests and insolvency”, *Revue internationale de droit comparé*, nº 2, 2023, pp. 405-436.
- Á. ALARCÓN DÁVALOS, “La STC n.º 65/2021, de 15 de marzo dejó sin resolver una decisiva cuestión ¿se puede anular parcialmente un laudo por vulnerar el orden público?”, *Spain Arbitration Review: revista del Club Español del Arbitraje*, nº 47, 2023, pp. 101-112.
- N. ALEXANDER/C. CHERN, “The Singapore Convention”, en R. GULATI/T. JOHN/B. KÖHLER (EDS.), *The Elgar Companion to UNCITRAL*, Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing, 2023, pp. 242-266.
- S.F. ALI (ED.), *Comparative and transnational dispute resolution*, Abingdon, U.K., New York, N.Y., Routledge, 2023.
- L. ARAGONÉS MOLINA, “La corrupción en las inversiones internacionales. Análisis de los efectos jurídicos de la corrupción en el arbitraje de inversiones ante el CIADI”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 1, Marzo 2023, pp. 88-128.
- B. BEAUMONT/A. FOUCARD/F. BRODLIJA (EDS.), *International arbitration: quo vadis?*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International B.V., 2023.
- U. BELINTXON MARTIN, “El presupuesto de validez de la cláusula arbitral en el CMR: extensión vs. Límites: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 27 de mayo de 2022”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 14, 2023.
- N. BLACKABY/C. PARTASIDES/A. REDFERN, *Redfern and Hunter on international arbitration: Law and practice of international commercial arbitration*, 7ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2023.
- C. BLAKE, “Sovereign immunity and international arbitration: whither the rule of law?”, en R. GULATI/T. JOHN/B. KÖHLER (EDS.), *The Elgar Companion to UNCITRAL*, Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing, 2023, pp. 193-215.
- G.B. BORN/S. EBERMANN, “A New Patent Mediation and Arbitration Centre for Europe”, *Journal of International Arbitration*, 40, 3, 2023, pp. 231-244.
- R.A. BRAND, “Online dispute resolution”, en R. GULATI/T. JOHN/B. KÖHLER (EDS.), *The Elgar Companion to UNCITRAL*, Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing, 2023, pp. 277-294.
- C. CARBAJAL VALENZUELA/A. TOCHETTO DAL PIVA, “Latin America’s perspective on the reform of the Investor-State Dispute Settlement Mechanism”, en R. GULATI/T. JOHN/B. KÖHLER (EDS.), *The Elgar Companion to UNCITRAL*, Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing, 2023, pp. 116-138.
- H. CARDONA CÁRDENAS, “La noción de ‘inversión’ en el arbitraje internacional”, *Spain Arbitration Review: revista del Club Español del Arbitraje*, nº 47, 2023, pp. 21-50.
- C. CHEVALLEY, *Testamentarische Schiedsklauseln: einseitig angeordnete Schiedsgerichte in Erbsachen gemäss Art. 178 Abs. 4 IPRG und Art. 358 Abs. 2 ZPO, mit rechtshistorischen und rechtsvergleichenden Perspektiven*, Zürich, Genf, Schulthess Juristische Medien, 2023.
- G. CORDERO-MOSS/D.P. FERNÁNDEZ ARROYO (EDS.), *Applicable law issues in international arbitration / Questions de droit applicable dans l’arbitrage international*, Leiden, Boston, Brill Nijhoff, 2023.
- R. DARABI GHASEMI/A. REZAAE, “Feasibility of Applying Lex Mercatoria in Arbitration Based on Ex aequo et bono and Amiable Compositeur”, *International Law Review*, 40, 71, Fall 2023, pp. 163-200.
- D. DRAGUIEV, *Interim measures in cross-border civil and commercial disputes: interim relief proceedings in international litigation and arbitration*, Cham, Springer, 2023.
- E. ESCANDÓN VALVIDARES, “La motivación del laudo de equidad: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 15 de diciembre de 2022”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 14, 2023.
- Á. ESPINIELLA MENÉNDEZ, “Eficacia de los acuerdos resultantes de la mediación internacional”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 75, 1, 2023, pp. 19-47.
- F. FERRARI/F. ROSENFELD/C.T. KOTUBY, JR., *Recognition and enforcement of foreign arbitral awards: a concise guide to the New York Convention’s uniform regime*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2023.
- M. FOGDESTAM AGIUS, “Annulment of intra-EU investment awards”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 14, 2023.

- J.C. FUENTES GÓMEZ, “Mediación y arbitraje marítimo: reflexiones sobre la posible nulidad de las cláusulas de arbitraje en el extranjero de la Ley de Navegación Marítima”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 15, 2023.
- J. GALLEL MORAGUES, “Los daños morales y su aplicación a los arbitrajes de inversión”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 14, 2023.
- J.M. GARCÍA REPRESA/F. BRUNEAU (COORD.), “Panorama de jurisprudencia francesa 2022. (Capítulo francés del Club Español del Arbitraje)”, *Spain Arbitration Review: revista del Club Español del Arbitraje*, nº 47, 2023, pp. 113-146.
- P. GERARDY, *Der materielle ordre public im Aufhebungs- und Vollstreckbarerklärungsverfahren nach §§ 1059-1061 ZPO: gerichtlicher Prüfungsmaßstab und Prüfungsumfang am Beispiel des “Kartelleinwands”*, Baden-Baden, Nomos, 2023.
- T. GÖKSU, *Internationale Schiedsgerichtsbarkeit*, Zürich, St. Gallen, Dike, 2023.
- M. GÓMEZ JENE, *Arbitraje comercial internacional*, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2023.
- L. GÓMEZ-IGLESIAS ROSÓN, “La prueba de oficio en el procedimiento arbitral. Fundamento y límites de una aparente contradicción entre arbitraje y proceso”, *Spain Arbitration Review: revista del Club Español del Arbitraje*, nº 47, 2023, pp. 65-82.
- M. GONZALO QUIROGA, “La inteligencia artificial en el arbitraje internacional 2.0. Oportunidades y desafíos en un futuro que ya es presente”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 2, 2023, pp. 516-550.
- N. GOÑI URRIZA, “El principio de no discriminación del Convenio de Nueva York de 1958 y el procedimiento de exequatur de los laudos arbitrales extranjeros en España”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 2, 2023, pp. 551-577.
- R. GULATI/P. SCHOEFFMANN, “UNCITRAL’s work in investor-state dispute settlement: promoting the rule of law internationally?”, en R. GULATI/T. JOHN/B. KÖHLER (EDS.), *The Elgar Companion to UNCITRAL*, Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing, 2023, pp. 140-160.
- N. GUPTA, “Making the impossible possible: UNCITRAL’s impact on the harmonisation and modernisation of India’s legal framework for dispute resolution”, en R. GULATI/T. JOHN/B. KÖHLER (EDS.), *The Elgar Companion to UNCITRAL*, Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing, 2023, pp. 267-276.
- A. HASSANI, *La neutralité de l’arbitrage international: essai de déconstruction d’un mythe*, Bruxelles, Presses universitaires Saint-Louis, 2023.
- S. HUERTA DE SOTO, “Una breve reflexión teórico-filosófica sobre el arbitraje internacional”, *Spain Arbitration Review: revista del Club Español del Arbitraje*, nº 47, 2023, pp. 9-20.
- J.J. IZQUIERDO/M. ROBLES, “Indebido emplazamiento del demandado como motivo de vulneración del orden público español y denegación del reconocimiento de un laudo arbitral extranjero. Comentario al Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 31 de octubre de 2023”, *AEDIPr*, t. XXIII, 2023, pp. 419-427.
- J.J. IZQUIERDO/M. ROBLES CHÁFER/C. FARIÑA SANTANA, “La recuperación de criptoactivos como parte de la ejecución de laudos arbitrales y sentencias extranjeras”, *La Ley*, nº 75, Sección Ciberderecho, 12 julio 2023.
- B.S. JIMÉNEZ-GÓMEZ, “El secreto profesional en el arbitraje internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 2, 2023, pp. 679-708.
- J. KNIEPER/J. HADDAD, “The history, evolution, and future of the UNCITRAL mediation framework”, en R. GULATI/T. JOHN/B. KÖHLER (EDS.), *The Elgar Companion to UNCITRAL*, Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing, 2023, pp. 216-241.
- C. KRAPFL, “Das Aus für US-amerikanische discovery Maßnahmen zur Unterstützung internationaler Schiedsverfahren”, *IPRax*, 2023, 4, pp. 404-406.
- L. LARRIBÈRE, *La réglementation de la convention d’arbitrage international: étude critique et comparative en droits français et américain*, Paris, LGDJ, 2023.
- M.J. LING, “Test for arbitrability at the pre-award stage in Singapore (Court of Appeal Anupam Mittal v Westbridge Ventures II Investment Holdings [2023])”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 14, 2023.

- A.M. LORCA NAVARRETE, “El deber de motivar un laudo arbitral no se integra en el orden público exigido en el art. 24 de la Constitución, sino que surge de lo que las partes negociaron que fuera resuelto en el arbitraje”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 15, 2023.
- K. LUGANI, “Die Rom I-VO und die Schiedsgerichte im österreichischen und deutschen Recht”, en T. GARBER (ED.), *Festschrift Matthias Neumayr*, vol. 1, Wien, Manz, 2023, pp. 851-864.
- M.C. MALAGUTI, “Principios UNIDROIT a través de los laudos de arbitraje internacional de inversiones”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 1, Marzo 2023, pp. 10-23.
- Á. MENDIOLA JIMÉNEZ/A. BARRUTIA URRUTICOECHA, “La especificidad del régimen de justicia cautelar en el procedimiento arbitral: el demandado no reconviniente como solicitante de medidas cautelares”, *Spain Arbitration Review: revista del Club Español del Arbitraje*, nº 47, 2023, pp. 51-64.
- R. MONTEJO RAPINO, “El deber de confidencialidad en el arbitraje internacional comercial. Tratamiento y consecuencias de su incumplimiento”, *La Ley*, nº 10326, Sección Tribuna, 12 julio 2023.
- M.E. MORÁN GARCÍA, “Mecanismos combinados de mediación y arbitraje en la resolución de controversias relativas a operaciones comerciales transfronterizas”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 46, 2023, pp. 195-216.
- C.M. NORIEGA LINARES, “Laudo arbitral extranjero y orden público internacional. El desafío”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 1, Marzo 2023, pp. 1008-1029.
- D. PALOMBO, “The Hague Rules on Business and Human Rights: reconciling business and human rights with arbitration?”, en R. GULATI/T. JOHN/B. KÖHLER (EDS.), *The Elgar Companion to UNCITRAL*, Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing, 2023, pp. 177-192.
- M. PIKA, “Auf dem Weg zu einem europäischen Schiedsverfahrensrecht oder zu außereuropäischen Schiedsarten? (EuGH, Rs. C-700/20, S. 280)”, *IPRax*, 2023, 3, pp. 238-242.
- F.G. PROL, “Las Reglas de Praga como ayuda para la tramitación eficiente de los procedimientos en el arbitraje internacional”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 14, 2023.
- A. REYES, “Judicial support of international commercial arbitration under the Model Law: a précis of available options for judges”, en R. GULATI/T. JOHN/B. KÖHLER (EDS.), *The Elgar Companion to UNCITRAL*, Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing, 2023, pp. 99-115.
- M.S. RODRÍGUEZ (ED.), *Solución de conflictos y medios electrónicos en los ámbitos internacional y doméstico*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Secretaría de Investigación, 2023.
- Y. ROMERO MATUTE, *El arbitraje internacional deportivo: la acción de nulidad, el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales del CAS/TAS*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2023.
- J. SAMTLEBEN, “Procedimiento arbitral no Brasil – o caso ‘Lloyd Brasileiro contra Ivarans Rederi’ do Superior Tribunal de Justiça”, *Revista de Arbitragem e Mediação*, 20, 77, 2023, pp. 343-351.
- R. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, “Desaconsejable interpretación restrictiva del alcance del convenio arbitral ‘ratione materiae’: la diferenciación en el ámbito del proceso constructivo de la responsabilidad ‘ex contractu’ y ‘ex lege’ (LOE)”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 14, 2023.
- S.A. SÁNCHEZ LORENZO, “La eficacia de las cláusulas compromisorias en el espacio digital”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 15, 2023.
- J. SEOANE PRADO, “La motivación de los laudos arbitrales”, *Diario La Ley*, nº 10343, Sección Tribuna, 7 septiembre 2023.
- J. SHELLEY, “The Mauritius Convention and UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration”, en R. GULATI/T. JOHN/B. KÖHLER (EDS.), *The Elgar Companion to UNCITRAL*, Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing, 2023, pp. 161-176.
- E. SIERRA NOGUERO, “Estudio de Derecho español, inglés y comunitario sobre la extensión al tercero perjudicado del convenio arbitral y de ley aplicable del seguro marítimo de responsabilidad civil”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 2, 2023, pp. 942-961.
- G. STAMPA CASAS, “Medidas cautelares en el arbitraje”, *La Ley. Mediación y arbitraje*, nº 14, 2023.
- B. STEINBRÜCK/J.F. KRAHÉ, “§ 1032 Abs. 2 ZPO, das ICSID-Übereinkommen und Achmea - eine Kollision oder zwei Kollisionen? (KG, S. 77)”, *IPRax*, 2023, 1, pp. 36-41.
- J. STELBRINK, *Das Singapur-Übereinkommen über Mediation: unter besonderer Berücksichtigung der Umsetzungsperspektiven für das deutsche Recht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2023.

- A. UBILAVA, *Mediation as a Mandatory Pre-condition to Arbitration: Alternative Dispute Resolution in Investor-State Dispute Settlement*, Leiden, Boston, Brill, Nijhoff, 2023.
- A. VALIÑO CES, “La resolución de conflictos familiares a través del arbitraje: una especial referencia a la autonomía de la voluntad y sus límites”, en *Derecho de familia y sistema de justicia civil: debates de actualidad*, Madrid, Dykinson, 2023, pp. 184-196.
- F. VARESES, *Private international law and arbitral jurisdiction*, London, New York, Routledge, 2023.
- E. VASSILAKAKIS/A. VEZYRTZI, “Innovationen in der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit – Ein neues Gesetz über die internationale Schiedsgerichtsbarkeit in Griechenland”, *IPRax*, 2023, 5, pp. 493-496.
- S. VICENTE MAZZUZ, “Extensión y límites al deber de divulgación en materia de financiación por terceros en el arbitraje”, *La Ley*, nº 10320, Sección Tribuna, 4 julio 2023.
- B. WÖSSNER, *Entscheidungskollisionen unter der Brüssel Ia-Verordnung: eine Untersuchung zu Litispensdenz und Anerkennungsversagung, unter Einbeziehung der Schiedsgerichtsbarkeit*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2023.
- S. WORDSWORTH/M. VEEDER (ED.), *On arbitration: V.V. Veeder QC, selected writings and contributions to the development of law*, Oxford, Oxford University Press, 2023.
- N. ZGHAL, *L'arbitre et les méthodes de détermination du droit applicable au fond*, Paris, L'Harmattan, 2023.
- W. ZHANG/T. GUANGJIAN, “Recent Efforts in China’s Ambition to Become a Centre for International Commercial Litigation”, *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 87, 3, 2023, pp. 497-531.

Derecho de familia internacional

- M.A. ADLER/K. LENZ, *The Changing Faces of Families: Diverse Family Forms in Various Policy Contexts*, Milton, Taylor & Francis Group, 2023.
- M. ANDRAE, *Internationales Familienrecht*, 5ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2023.
- P. BRUNO, *Diritto internazionale privato della famiglia*, Pisa, Pacini giuridica, 2023.
- E. BUCHSTÄTTER, *Kindeswohl und Elternschaft: Schwerpunkt Eltern-Kind-Zuordnung in alternativen und grenzüberschreitenden Familien*, Wien, Jan Sramek Verlag KG, 2023.
- C. CAMPIGLIO, “La condizione femminile tra presente e futuro: prospettive internazionalprivatistiche”, *RDIPP*, LIX, 1, 2023, pp. 38-64.
- M.D. CERVILLA GARZÓN/I. ZURITA MARTÍN (DIR.), *Identidad islámica y orden público en una sociedad inclusiva*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2023.
- A. CORDIANO/V. ZAMBRANO, “Fronteras culturales y religiosas. El ordenamiento jurídico italiano ante la identidad islámica”, en M.D. CERVILLA GARZÓN/I. ZURITA MARTÍN (DIR.), *Identidad islámica y orden público en una sociedad inclusiva*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2023, pp. 117-142.
- A. DI STASI ET AL. (A CURA DI), *Donne migranti e violenza di genere nel contesto giuridico internazionale ed europeo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023.
- A. DURÁN AYAGO, *Derechos humanos y método de reconocimiento de situaciones jurídicas: Hacia la libre circulación de personas y familias. Perspectiva internacional y europea*, Cizur Menor, Aranzadi, 2023.
- R. ESPINOSA CALABUIG, “La fragilidad de las relaciones privadas internacionales y sus efectos sobre el derecho a una vida privada y familiar”, en R. RUEDA VALDIVIA (DIR.), *Nuevos horizontes de la movilidad internacional de personas en el siglo XXI. Libro homenaje a la profesora Mercedes Moya Escudero*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 139-166.
- C. ESPLUGUES MOTA, “Mediar, conciliar, negociar: el fomento de los MASC, también, en los conflictos familiares transfronterizos”, en R. RUEDA VALDIVIA (DIR.), *Nuevos horizontes de la movilidad internacional de personas en el siglo XXI. Libro homenaje a la profesora Mercedes Moya Escudero*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 373-394.

- H. FLEISCHER, “Die vielen Ziele von Familienunternehmen im Spiegel von Managementforschung und Gesellschaftsrecht”, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2023, pp. 2385-2397.
- V. GARRIDO MAYOL, “Los derechos fundamentales como límite a prácticas religiosas y culturales”, en M.D. CERVILLA GARZÓN/I. ZURITA MARTÍN (DIR.), *Identidad islámica y orden público en una sociedad inclusiva*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2023, pp. 81-114.
- V. HATZOPOULOS/L. KRIKI, “Quelques réflexions sur l'état du droit grec en matière familiale”, *Revue critique de droit international privé*, 2023, 1, pp. 251-258.
- M. IBÁÑEZ ANGULO, “Un enfoque sociológico-antropológico a la(s) identidad(es) islámica(s)”, en M.D. CERVILLA GARZÓN/I. ZURITA MARTÍN (DIR.), *Identidad islámica y orden público en una sociedad inclusiva*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2023, pp. 31-55.
- H.-P. MANSEL/K. THORN/R. WAGNER, “Europäisches Kollisionsrecht 2022: Bewegung im internationalen Familienrecht”, *IPRax*, 2023, 2, pp. 109-145.
- D. MARTINY, “Diverse Legal Cultures, Common Core? The CEFL Principles of European Family Law”, en N. DETHLOFF/K. KAESLING (EDS.), *Between Sexuality, Gender and Reproduction – On the Pluralisation of Family Forms*, Cambridge, Intersentia, 2023, pp. 51-60.
- P.M. MELGAREJO CORDÓN, “Consideraciones sobre el control de oficio de la competencia en el ámbito de los Reglamentos europeos de familia y sucesiones”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 1, 2023, pp. 549-572.
- A. ORIOLO, “Il divieto di velo islamico nella giurisprudenza internazionale: tra parità di genere, neutralità religiosa e living together”, en A. DI STASI ET AL. (A CURA DI), *Donne migranti e violenza di genere nel contesto giuridico internazionale ed europeo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, pp. 229-261.
- A. REYES/W. LUI/K. NISHIOKA (EDS.), *Choice of law and recognition in Asian family law*, Gordonsville, Hart Publishing, 2023.
- M. SABIDO RODRÍGUEZ, “La residencia habitual como foro de competencia judicial internacional en algunos sectores del Derecho de familia internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 2, 2023, pp. 1324-1342.
- A. VALIÑO CES, “La resolución de conflictos familiares a través del arbitraje: una especial referencia a la autonomía de la voluntad y sus límites”, en *Derecho de familia y sistema de justicia civil: debates de actualidad*, Madrid, Dykinson, 2023, pp. 184-196.
- VV.AA., *De los retos a las oportunidades en el Derecho de familia y sucesiones internacional*, Valencia, tirant lo blanch, 2023 (disponible en: <https://open.tirant.com/cloudLibrary/ebook/show/9788411978248>).
- J.M. VELASCO RETAMOSA, “El Derecho Internacional Privado de Familia en la Unión Europea: Un camino complejo”, en R. RUEDA VALDIVIA (DIR.), *Nuevos horizontes de la movilidad internacional de personas en el siglo XXI. Libro homenaje a la profesora Mercedes Moya Escudero*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 119-138.
- M. WINTER, *Internationales Familienrecht bei Fällen mit Auslandsbezug*, München, C.H. Beck, 2023.
- D. ZANNONI, “Cultural diversity as a test bench for the future of private international law: What legal treatment for Islamic institutions in Europe?”, *AEDIPr*, t. XXIII, 2023, pp. 241-267.

Persona física

- J.J. ÁLVAREZ RUBIO, “A vueltas con la vecindad civil vasca: una selección de problemas irresueltos y posibles cauces de solución”, en A. FERNÁNDEZ PÉREZ (COORD.), *El Derecho internacional privado ante la(s) crisis de la globalización: III Foro europeo de Derecho internacional privado*, Las Rozas, Navarra, Aranzadi, 2023, pp. 75-95.
- J. BASEDOW, “Personal Status in Private International Law: The law of individuals, family relations and succession”, en M. KOHEN/I. VAN DER HEIJDEN (EDS.), *Institute of International Law, 150 Years of Contributing to the Development of International Law – Justitia et Pace (1873-2023)*, Paris, Pedone, 2023, Chapter 38.

- M. CREMER, “Goldene Pässe – Erkaufte Staatsangehörigkeit im Internationalen Privatrecht”, *IPRax*, 2023, 6, pp. 510-522.
- M.V. CUARTERO RUBIO/J.M. SÁNCHEZ TOMÁS, “El derecho al respeto a la vida familiar de los inmigrantes en la doctrina constitucional”, en R. RUEDA VALDIVIA (DIR.), *Nuevos horizontes de la movilidad internacional de personas en el siglo XXI. Libro homenaje a la profesora Mercedes Moya Escudero*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 553-576.
- A. DUTTA, “Überlegungen zu einer Reform des (deutschen) internationalen Namensrechts”, *IPRax*, 2023, 3, pp. 227-231.
- P. FRANZINA, “Un nuovo diritto internazionale privato della protezione degli adulti: le proposte della Commissione europea e gli sviluppi attesi in Italia”, *RDIPP*, LIX, 3, 2023, pp. 519-578.
- R. FREITAG, “Für mehr Rechtswahlfreiheit im Internationalen Namensrecht! Kollisionsrechtliche Anmerkungen zum Referentenwurf zur Neuregelung des Namensrechts”, *IPRax*, 2023, 4, pp. 347-349.
- M. GONZÁLEZ MARIMÓN, “Hacia una Unión Europea ‘de’ las personas. Sobre la propuesta de la Comisión Europea sobre la protección de adultos vulnerables en situaciones transfronterizas”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 2, 2023, pp. 420-445.
- M. GONZÁLEZ MARIMÓN, “Hacia una mayor protección de niños, niñas y mayores en la Unión Europea”, en R. RUEDA VALDIVIA (DIR.), *Nuevos horizontes de la movilidad internacional de personas en el siglo XXI. Libro homenaje a la profesora Mercedes Moya Escudero*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 57-78.
- M. GUZMÁN ZAPATER, “Apatridia y nacionalidad. Tomemos en serio la nacionalidad española”, en R. RUEDA VALDIVIA (DIR.), *Nuevos horizontes de la movilidad internacional de personas en el siglo XXI. Libro homenaje a la profesora Mercedes Moya Escudero*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 693-710.
- Y. HAGA, “Avatars, Personalities in the Metaverse: Introductory Analysis on Conflict-of-Laws”, *RDIPP*, LIX, 2, 2023, pp. 261-289.
- C. LYCOURGOS, “Dinamarca puede supeditar la conservación de la nacionalidad danesa a la existencia de un vínculo de conexión efectivo con ese país: TJ, Gran Sala, S 5 Sep. 2023. Asunto C-689/21: X y Udlændinge-og Integrationsministeriet”, *La Ley Unión Europea*, nº 119, 2023.
- N. MAGALLÓN ELOSEGUIL, “¿Hacia un estatuto personal y familiar europeo?”, *AEDIPr*, t. XXIII, 2023, pp. 119-149.
- H.-P. MANSSEL, “Beschluss des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht zur Reform des internationalen Namensrechts 2022”, *IPRax*, 2023, pp. 326-327.
- S. MARINO, “Uso delle particelle nobiliari e diritto all’unicità del nome”, *Rivista di diritto internazionale*, 106, 3, 2023, pp. 770-778.
- D. MARTINY, “Flüchtlinge im europäischen Kollisionsrecht”, en T. GARBER (ED.), *Festschrift Matthias Neumayr*, vol. 1, Wien, Manz, 2023, pp. 879-890.
- D. MENICHINI, “Estado civil transfronterizo y reconocimiento de decisiones en la Unión Europea”, en A. FERNÁNDEZ PÉREZ (COORD.), *El Derecho internacional privado ante la(s) crisis de la globalización: III Foro europeo de Derecho internacional privado*, Las Rozas, Navarra, Aranzadi, 2023, pp. 219-233.
- A.E. MEYER, *Die Anknüpfung internationaler Fürsorgeverhältnisse nach der Reform des Art. 24 EGBGB*, Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2023.
- F. MOSCONI/C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, Vol. II, *Statuto personale e diritti reali*, 6ª ed., Milano, Wolters Kluwer Italia, S.r.l., 2023.
- L. MÜNSTER, *Personalstatut und gewöhnlicher Aufenthalt: Eine Untersuchung zu Lebensmittelpunkt und Anknüpfungsgerechtigkeit im internationalen Privat- und Verfahrensrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2023.
- P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “La identidad de género en el Derecho internacional privado español”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 75, 2, 2023, pp. 346-366.
- M. OROZCO HERMOSO, “Derecho de la Unión Europea y ejercicio de las competencias de los Estados miembros en materia de nacionalidad: la saga continúa. Sentencia del Tribunal de Justicia, Gran

- Sala, de 5 de septiembre de 2023, asunto C-689/21, X c. Udlændinge-og Integrationsministeriet”, *La Ley Unión Europea*, nº 119, 2023.
- A. ORTEGA GIMÉNEZ, “La nacionalidad española de los habitantes del Sáhara occidental. Práctica jurisprudencial española”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 1, 2023, pp. 738-749.
- A. ORTEGA GIMÉNEZ, “Derecho a indemnización por los daños y perjuicios causados por un tratamiento de datos en infracción del RGPD, tras la STJ de 4 de mayo de 2023”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 87, julio-septiembre 2023, pp. 85-107.
- A. ORTEGA GIMÉNEZ, “El derecho a la protección de datos personales y su necesaria materialización ius internacional privatista para la salvaguarda de la dignidad del ser humano”, en M.C. MARULLO/L. SALES PALLARÉS/F.J. ZAMORA CABOT (DIR.), *Empresas transnacionales, derechos humanos y cadenas de valor: nuevos desafíos*, Madrid, Colex, 2023, pp. 85-99.
- A. ORTEGA GIMÉNEZ/L.S. HEREDIA SÁNCHEZ, “La protección internacional del adulto incapaz en España: nuevas normas y viejos problemas”, en *Derecho de familia y sistema de justicia civil: debates de actualidad*, Madrid, Dykinson, 2023, pp. 127-138.
- G. PALAO MORENO, “La digitalización de los registros civiles y la circulación internacional de sus certificaciones: Regulación internacional y europea”, en R. RUEDA VALDIVIA (DIR.), *Nuevos horizontes de la movilidad internacional de personas en el siglo XXI. Libro homenaje a la profesora Mercedes Moya Escudero*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 395-420.
- C. PARRA RODRÍGUEZ, “Los obstáculos instrumentales en la europeización del Derecho de familia”, en A. FERNÁNDEZ PÉREZ (COORD.), *El Derecho internacional privado ante la(s) crisis de la globalización: III Foro europeo de Derecho internacional privado*, Las Rozas, Navarra, Aranzadi, 2023, pp. 157-182.
- K.-N. PEIFER, “Theorie der Persönlichkeitsrechte”, *Zeitschrift für geistiges Eigentum*, 15, 1, 2023, pp. 23-52.
- D. PERKIĆ, *Unsterbliche Daten: der digitale Nachlass im Spannungsverhältnis zwischen Erbrecht und postmortalem Persönlichkeitsrecht unter besonderer Berücksichtigung des erbrechtlichen Vermögensbegriffs*, Bonn, zerb verlag, 2023.
- C. PRENER, *Denationalisation and its discontents: citizenship revocation in the 21st century: legal, political and moral implications*, Leiden, Boston, Brill Nijhoff, 2023.
- F. RATTO TRABUCCO, “Neurorights between ethical and legal implications”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 1, 2023, pp. 750-757.
- M. REVILLARD, “Sur la portée de l’exigence de la légalisation des actes d’état civil étrangers face à l’application de l’article 47 du code civil (CE 21 juin 2022, nº 457494)”, *Revue critique de droit international privé*, 2023, 1, pp. 270-272.
- A. RODRÍGUEZ BENOT, “Los títulos nobiliarios en Derecho internacional privado”, en R. RUEDA VALDIVIA (DIR.), *Nuevos horizontes de la movilidad internacional de personas en el siglo XXI. Libro homenaje a la profesora Mercedes Moya Escudero*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 39-56.
- E. RODRÍGUEZ PINEAU/E. TORRALBA MENDIOLA, *Delimitación del Derecho aplicable en el Reglamento 2016/679: tutela jurídico privada de la protección de datos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.
- M.Á. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, “Convenio de doble nacionalidad hispano-francés: Valoración de su relevancia y resultados”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 1, 2023.
- L. SCAFFIDI RUNCHELLA, “Il GDPR e la tutela del titolare dei dati personali fra public e private enforcement nelle ipotesi di trattamento transfrontaliero”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 2, 2023, pp. 898-919.
- M.M. SERRANO PÉREZ, “Análisis de algunos aspectos del ejercicio del derecho de acceso a los datos de carácter personal: gratuidad, motivación y límites”, *La Ley Unión Europea*, nº 120, 2023.
- M. SERRANO RUIZ-CALDERÓN/F. DE B. LANGELAAN OSSET, “La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006. Una aproximación crítica a su adaptación al Derecho español y su reflejo en la jurisprudencia”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 2, 2023, pp. 920-941.

- M. SOTO MOYA, “Derecho de opción a la nacionalidad española en la Ley 20/2022 de Memoria Democrática y su incidencia en la libre circulación de personas”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 46, 2023, pp. 63-90.
- L. VAIGE, “Recognition of a status acquired abroad: Sweden”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 1, 2023, pp. 1108-1120.
- J.M. VALLS I XUFRÉ, “El poder preventivo en Derecho interregional”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 75, 2, 2023, pp. 417-428.
- M. VINAIXA MIQUEL, “Los poderes preventivos en el Derecho internacional privado español: una aproximación crítica a la Ley 8/2021, de 2 de junio”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 75, 2, 2023, pp. 405-416.
- C. VON BAR, *Gemeineuropäisches Privatrecht der natürlichen Person*, München, C.H.Beck, 2023.
- J. VON HEIN, “Erwachsenenschutz im deutsch-österreichischen Verhältnis”, en T. GARBER (ED.), *Festschrift Matthias Neumayr*, vol. 1, Wien, Manz, 2023, pp. 793-804.

Matrimonio y parejas de hecho

- J.A. ALBERCA DE CASTRO, “Matrimonio e indumentaria, elementos conformadores de la identidad islámica”, en M.D. CERVILLA GARZÓN/I. ZURITA MARTÍN (DIR.), *Identidad islámica y orden público en una sociedad inclusiva*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2023, pp. 57-77.
- L.F. CARRILLO POZO, “La doctrina del TEDH sobre las parejas de personas del mismo sexo: una mirada desde el sistema español de Derecho internacional privado”, *Revista de Derecho Civil*, vol. X, nº 5, octubre-diciembre 2023, pp. 201-230.
- D. COESTER-WALTJEN, “Das Unwirksamkeitsverdict für ‘Kinderehen’ auf dem Prüfstand der Verfassung”, *IPRax*, 2023, 4, pp. 350-359.
- D. COESTER-WALTJEN, “Die ‘Kinderehen’-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts: Welche Schlussfolgerungen ergeben sich für das internationale Eheschließungsrecht?”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 87, 4, 2023, pp. 766-785.
- J. GARCÍA OLIVA, “Islam, Derecho matrimonial y el ordenamiento jurídico de Inglaterra y Gales”, en M.D. CERVILLA GARZÓN/I. ZURITA MARTÍN (DIR.), *Identidad islámica y orden público en una sociedad inclusiva*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2023, pp. 143-168.
- C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “Matrimonio infantil y derecho de reunificación familiar: Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 noviembre 2022, as. C- 230/2: Belgische Staat (Réfugiée mineure mariée)”, *La Ley Unión Europea*, nº 110, 2023.
- N. JÄÄSKINEN, “Refugiado menor casado en el momento de su entrada en el territorio de un Estado miembro a través de un matrimonio infantil no reconocido en ese Estado miembro: TJ, Sala Tercera, S 17 Nov. 2022. Asunto C-230/21: X, Y y Z y Belgische Staat”, *La Ley Unión Europea*, nº 110, 2023.
- L. MANCA, “Il riconoscimento della protezione internazionale alle vittime di matrimonio forzato”, en A. DI STASI ET AL. (A CURA DI), *Donne migranti e violenza di genere nel contesto giuridico internazionale ed europeo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, pp. 195-227.
- M.M. MARTINEK, *Minderjährigenehen im nationalen und internationalen Familienrecht: eine kritische Betrachtung des Gesetzes zur Bekämpfung von Kinderehen*, Berlin, Duncker & Humblot, 2023.
- R. MICHAELS, “Einleitung zum Symposium: Grundrechte und IPR im Lichte der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Kinderehenbekämpfungsgesetz”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 87, 4, 2023, pp. 707-713.
- E. RALSER, “De la loi française applicable à l’intention matrimoniale (Civ. 1re, 18 mai 2022, FS-B, nº 21-11.106)”, *Revue critique de droit international privé*, 2023, 1, pp. 212-226.
- M. SOTO MOYA, “Movilidad internacional de parejas por la Unión Europea”, en R. RUEDA VALDIVIA (DIR.), *Nuevos horizontes de la movilidad internacional de personas en el siglo XXI. Libro homenaje a la profesora Mercedes Moya Escudero*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 167-188.

- L. VIELLECHNER, “Die Anwendbarkeit der Grundrechte im Internationalen Privatrecht: Zur Methodik der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die Kinderehe”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 87, 4, 2023, pp. 748-765.
- I. VIVAS TESÓN, “El matrimonio ‘Urfi ante el Derecho español’”, en M.D. CERVILLA GARZÓN/I. ZURITA MARTÍN (DIR.), *Identidad islámica y orden público en una sociedad inclusiva*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2023, pp. 289-310.
- I. ZURITA MARTÍN, “La aplicación judicial de la excepción de orden público internacional en casos de poligamia”, en M.D. CERVILLA GARZÓN/I. ZURITA MARTÍN (DIR.), *Identidad islámica y orden público en una sociedad inclusiva*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2023, pp. 313-334.

Efectos personales del matrimonio. Régimen económico matrimonial y de parejas registradas

- B.H. BIX, *Families by agreement: navigating choice, tradition, and law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2023.
- A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Ley aplicable a los regímenes económicos matrimoniales y Reglamento 2016/1103 de 24 junio 2016. Estudio técnico y valorativo de los puntos de conexión”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 2, 2023, pp. 10-109.
- D. CARRIZO AGUADO, “Aspectos transfronterizos del protocolo familiar con especial incidencia a las capitulaciones matrimoniales”, en R. RUEDA VALDIVIA (DIR.), *Nuevos horizontes de la movilidad internacional de personas en el siglo XXI. Libro homenaje a la profesora Mercedes Moya Escudero*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 189-210.
- A. DEIXLER-HÜBNER (HRSG.), *Der Ehevertrag: Grundlagen, Vertragsmuster und Beispiele; mit einem Exkurs zu Partnerschaftsvertrag*, 5ª ed., Wien, Linde, 2023.
- U.P. GRUBER, “Plädoyer gegen die Anpassung beim gesetzlichen Ehegattenerbrecht”, *IPRax*, 2023, 5, pp. 435-439.
- N. MARCHAL ESCALONA, “Eficacia extraterritorial de decisiones judiciales relativas al régimen patrimonial de las uniones registradas”, en R. RUEDA VALDIVIA (DIR.), *Nuevos horizontes de la movilidad internacional de personas en el siglo XXI. Libro homenaje a la profesora Mercedes Moya Escudero*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 257-278.
- D. MARÍN CONSARNAU, “Derechos reales y litigios patrimoniales en las relaciones familiares: la delimitación en y entre instrumentos de Derecho internacional privado de la Unión Europea”, *AEDIPr*, t. XXIII, 2023, pp. 217-238.
- I. PAZ-ARES, “La autonomía privada y la organización patrimonial de los matrimonios transfronterizos”, *Revista de Derecho Civil*, X, 4, julio-septiembre 2023, pp. 261-436 .
- P. QUINZÁ REDONDO, “Competencia alternativa en el Reglamento (UE) 2016/1104: de los buenos propósitos a su excesiva sofisticación”, en R. RUEDA VALDIVIA (DIR.), *Nuevos horizontes de la movilidad internacional de personas en el siglo XXI. Libro homenaje a la profesora Mercedes Moya Escudero*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 243-256.
- J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “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”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 1, 2023, pp. 1030-1038.
- R. RUEDA VALDIVIA, “El notario español ante la tramitación de actas de notoriedad para la constancia registral del régimen económico matrimonial legal en situaciones transfronterizas: Aspectos competenciales”, en R. RUEDA VALDIVIA (DIR.), *Nuevos horizontes de la movilidad internacional de personas en el siglo XXI. Libro homenaje a la profesora Mercedes Moya Escudero*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 211-242.
- M. SABIDO RODRÍGUEZ, “La residencia habitual como foro de competencia judicial internacional en algunos sectores del Derecho de familia internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 2, 2023, pp. 1324-1342.

Crisis matrimoniales

- S. ADROHER BIOSCA, “¿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”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 1, 2023, pp. 899-906.
- I. ANTÓN JUÁREZ, “Documentos públicos y acuerdos”, en E. CASTELLANOS RUIZ (DIR.)/M.J. CASTELLANOS RUIZ (COORD.), *Comentario al nuevo Reglamento (UE) Bruselas II ter*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 549-572.
- I. ANTÓN JUÁREZ, “Otras disposiciones”, en E. CASTELLANOS RUIZ (DIR.)/M.J. CASTELLANOS RUIZ (COORD.), *Comentario al nuevo Reglamento (UE) Bruselas II ter*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 573-592.
- G. BIAGIONI, “Giurisdizione in materia matrimoniale, residenza abituale dei coniugi e immunità degli agenti diplomatici”, *Rivista di diritto internazionale*, 106, 1, 2023, pp. 195-202.
- F. CALVO BABÍO, “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)”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 1, 2023, pp. 915-923.
- J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Amor líquido, divorcio transfronterizo y Derecho Internacional Privado europeo”, *Actualidad civil*, nº 2, 2023.
- J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Definiciones”, en E. CASTELLANOS RUIZ (DIR.)/M.J. CASTELLANOS RUIZ (COORD.), *Comentario al nuevo Reglamento (UE) Bruselas II ter*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 127-164.
- J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Divorcio, separación legal y nulidad matrimonial”, en E. CASTELLANOS RUIZ (DIR.)/M.J. CASTELLANOS RUIZ (COORD.), *Comentario al nuevo Reglamento (UE) Bruselas II ter*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 165-200.
- E. CASTELLANOS RUIZ, “Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores”, en E. CASTELLANOS RUIZ (DIR.)/M.J. CASTELLANOS RUIZ (COORD.), *Comentario al nuevo Reglamento (UE) Bruselas II ter*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 35-88.
- E. CASTELLANOS RUIZ, “Ámbito de aplicación”, en E. CASTELLANOS RUIZ (DIR.)/M.J. CASTELLANOS RUIZ (COORD.), *Comentario al nuevo Reglamento (UE) Bruselas II ter*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 89-126.
- E. CASTELLANOS RUIZ (DIR.)/M.J. CASTELLANOS RUIZ (COORD.), *Comentario al nuevo Reglamento (UE) Bruselas II ter*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.
- M.A. CEBRIÁN SALVAT, “Disposiciones generales relativas al reconocimiento y a la ejecución”, en E. CASTELLANOS RUIZ (DIR.)/M.J. CASTELLANOS RUIZ (COORD.), *Comentario al nuevo Reglamento (UE) Bruselas II ter*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 423-474.
- M.A. CEBRIÁN SALVAT, “Reconocimiento y ejecución de determinadas resoluciones privilegiadas”, en E. CASTELLANOS RUIZ (DIR.)/M.J. CASTELLANOS RUIZ (COORD.), *Comentario al nuevo Reglamento (UE) Bruselas II ter*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 475-500.
- M.D. CERVILLA GARZÓN, “El repudio en el derecho de familia islámico. En particular, en los códigos de familia de Túnez(1956), Marruecos (2004) y Jordania (2010)”, en M.D. CERVILLA GARZÓN/I. ZURITA MARTÍN (DIR.), *Identidad islámica y orden público en una sociedad inclusiva*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2023, pp. 337-360.
- C.I. CORDERO ÁLVAREZ, “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”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 1, 2023, pp. 254-274.
- S. CORNELOUP, “La circulation européenne du divorce sans juge: nouvel arrêt et toujours des incertitudes - CJUE, Gde ch., 15 nov. 2022, aff. C-646120”, *Revue critique de droit international privé*, 2023-2, pp. 409-426.

- G. ESTEBAN DE LA ROSA, “Orden público y Reglamento 1259/2010: Reflexiones acerca del art. 10”, en M.D. CERVILLA GARZÓN/I. ZURITA MARTÍN (DIR.), *Identidad islámica y orden público en una sociedad inclusiva*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2023, pp. 205-225.
- S. FULLI-LEMAIRE, “Retour sur la résidence habituelle des époux au sens du Règlement ‘Bruxelles II bis’ - Civ. 1re, 30 nov. 2022, n° 21-15.988”, *Revue critique de droit international privé*, 2023-2, pp. 427-435.
- L. GARCÍA ÁLVAREZ, “La determinación de la residencia habitual en las crisis matrimoniales transfronterizas y la importancia de su fundamentación en las resoluciones judiciales”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 1, 2023, pp. 356-384.
- D. HENRICH, *Internationales Scheidungsrecht: einschließlich Scheidungsfolgen*, 5ª ed., Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2023.
- D. HENRICH, “Zur Anerkennung von außergerichtlichen Ehescheidungen (EuGH, Rs. C-646/20, OLG Braunschweig, S. 306 und S. 310)”, *IPRax*, 2023, 3, pp. 268-272.
- M. HERRANZ BALLESTEROS, “Disposiciones generales”, en E. CASTELLANOS RUIZ (DIR.)/M.J. CASTELLANOS RUIZ (COORD.), *Comentario al nuevo Reglamento (UE) Bruselas II ter*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 633-654.
- M. HERRANZ BALLESTEROS, “Actos delegados”, en E. CASTELLANOS RUIZ (DIR.)/M.J. CASTELLANOS RUIZ (COORD.), *Comentario al nuevo Reglamento (UE) Bruselas II ter*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 655-658.
- I. LORENTE MARTÍNEZ, “Relaciones con otros instrumentos”, en E. CASTELLANOS RUIZ (DIR.)/M.J. CASTELLANOS RUIZ (COORD.), *Comentario al nuevo Reglamento (UE) Bruselas II ter*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 659-682.
- I. LORENTE MARTÍNEZ, “Disposiciones finales”, en E. CASTELLANOS RUIZ (DIR.)/M.J. CASTELLANOS RUIZ (COORD.), *Comentario al nuevo Reglamento (UE) Bruselas II ter*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 683-698.
- F.J. MARTÍN MAZUELOS, “Competencia internacional para el divorcio y reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, *La Ley*, n° 10367, Sección Tribuna, 13 octubre 2023.
- A. ORTEGA GIMÉNEZ/L. HEREDIA SÁNCHEZ, “Competencia judicial internacional de los tribunales españoles, litispendencia extracomunitaria y determinación de la ley aplicable, a propósito de un divorcio contencioso en España de dos ciudadanos británicos”, *La Ley*, n° 10365, Sección Tribuna, 10 octubre 2023.
- J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Disposiciones comunes”, en E. CASTELLANOS RUIZ (DIR.)/M.J. CASTELLANOS RUIZ (COORD.), *Comentario al nuevo Reglamento (UE) Bruselas II ter*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 341-382.
- M.Á. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “El divorcio notarial español a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 2, 2023, pp. 853-870.
- C. RUIZ SUTIL, *Las violencias de género en entornos transfronterizos: Interconexión de las perspectivas de extranjería, asilo y del Derecho internacional privado*, Madrid, Dykinson, 2023.
- M. SABIDO RODRÍGUEZ, “La residencia habitual como foro de competencia judicial internacional en algunos sectores del Derecho de familia internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 2, 2023, pp. 1324-1342.
- M. SAFJAN, “Reconocimiento en un Estado miembro de una disolución matrimonial pactada mediante un acuerdo entre los cónyuges y declarada por un funcionario del registro civil de otro Estado miembro: TJ, Gran Sala, S 15 Nov. 2022. Asunto C-646/20: Senatsverwaltung für Inneres und Sport”, *La Ley Unión Europea*, n° 111, 2023.
- M.Á. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, “Calificación del acta de divorcio expedida por el funcionario del registro civil de un Estado miembro como ‘resolución judicial’ sin la acreditación del carácter decisorio de su intervención. Una imprevisible decisión diseñada a la medida del resultado pretendido: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 15 de noviembre de 2022, Asunto C-646/20: Senatsverwaltung für Inneres und Sport”, *La Ley Unión Europea*, n° 111, 2023.

- M.Á. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, “Alcance de la competencia residual en materia matrimonial. Análisis crítico de la reciente interpretación del TJUE en su Sentencia C-501/20”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 45, 2023.
- L. SERENA ROSSI, “Determinación del criterio de ‘residencia habitual’, para determinar la competencia judicial en materia de divorcio, responsabilidad parental y obligación de alimentos: TJ, Sala Tercera, S 1 Ago., 2022. Asunto C-501/20: MPA y LCDNMT”, *La Ley Unión Europea*, nº 113, 2023.
- M. WILDERSPIN, *European private international family law: the Brussels IIb Regulation*, Oxford, Oxford University Press, 2023.

Filiación natural

- S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “La propuesta de Reglamento europeo sobre filiación. Una presentación crítica”, *Revista de Derecho Civil*, 10, 3, 2023, pp. 171-200
- N.-C. ANIȚEI/R.L. DORNEAN PĂUNESCU, “Denying and establishing paternity de lege lata according to the Romanian private international law vs. de lege ferenda according to the Council Regulation in matters of parenthood and on the creation of a European Certificate of Parenthood”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 2, 2023, pp. 1365-1386.
- M. ARANDA JURADO, “Efectividad de la mediación en los conflictos derivados de los contratos de gestación por sustitución”, en P.M. ESTELLÉS PERALTA (DIR.), *Maternidad subrogada: la nueva esclavitud del siglo XXI: un análisis ético y jurídico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 449-477.
- E.J. BELENCOSO RODRIGO, “Gestación subrogada y prestación por maternidad”, en P.M. ESTELLÉS PERALTA (DIR.), *Maternidad subrogada: la nueva esclavitud del siglo XXI: un análisis ético y jurídico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 423-448.
- E. BUCHSTÄTTER, *Kindeswohl und Elternschaft: Schwerpunkt Eltern-Kind-Zuordnung in alternativen und grenzüberschreitenden Familien*, Wien, Jan Sramek Verlag KG, 2023.
- C. BUDZIKIEWICZ/K. DUDEN/A. DUTTA/T. HELMS/C. MAYER, “Der Kommissionsvorschlag für eine Europäische Verordnung in Elternschaftssachen: Stellungnahme der Marburg Group”, *IPRax*, 2023, 5, pp. 425-434.
- R. CONTRERAS BERNIER, “La cuestión de la gestación subrogada”, *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, nº 109, 2023, pp. 28-31.
- W. CORREA DA SILVA, “La protección del interés superior de la persona menor nacida en supuestos de maternidad subrogada”, *Revista de Direito Internacional*, 20, 2, 2023, pp. 419-446 (disponible en: <https://www.uhumanas.uniceub.br/rdi/article/view/9099/pdf>).
- Á. CORREDOR AGULLÓ, “El desbordamiento del legislador español en torno a la maternidad subrogada”, *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, nº 33, 2023, pp. 313-388.
- Á. CORREDOR AGULLÓ, “Matizaciones y controversias respecto a la maternidad subrogada: una mirada crítica de las cuestiones terminológicas, técnicas y jurídicas”, en P.M. ESTELLÉS PERALTA (DIR.), *Maternidad subrogada: la nueva esclavitud del siglo XXI: un análisis ético y jurídico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 213-237.
- D. DANIELI, “‘Third-State connections’ in the proposal for an EU regulation on parenthood: more than a regime of circulation of the status between Member States?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 2, 2023, pp. 1387-1399.
- J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, “La maternidad subrogada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, confrontada con la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en P.M. ESTELLÉS PERALTA (DIR.), *Maternidad subrogada: la nueva esclavitud del siglo XXI: un análisis ético y jurídico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 361-390.
- M. DEL R. DÍAZ ROMERO, “Gestación subrogada y solidaridad familiar”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 7, 2023.
- K. DUDEN ET AL. (HRSG.), *Eltern in ganz Europa: Perspektiven eines einheitlichen internationalen Abstammungsrechts in Europa*, Frankfurt, Wolfgang Metzner Verlag, 2023.

- A. DURÁN AYAGO, “La propuesta de normas de competencia judicial internacional en materia de filiación: entre lo conocido y lo desconocido”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 2, 2023, pp. 1400-1409.
- Á. ESPINIELLA MENÉNDEZ, “Gestación subrogada y fecundación póstuma”, *AEDIPr*, t. XXIII, 2023, pp. 181-215.
- P.M. ESTELLÉS PERALTA, “Maternidad subrogada: de los derechos de libertad a los derechos de esclavitud”, en P.M. ESTELLÉS PERALTA (DIR.), *Maternidad subrogada: la nueva esclavitud del siglo XXI: un análisis ético y jurídico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 165-212.
- P.M. ESTELLÉS PERALTA (DIR.), *Maternidad subrogada: la nueva esclavitud del siglo XXI: un análisis ético y jurídico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.
- O. FERACI, “I ‘controlimiti’ al funzionamento del limite dell’ordine pubblico nella proposta di regolamento europeo in tema di filiazione”, *Rivista di diritto internazionale*, 106, 3, 2023, pp. 779-796.
- H. FULCHIRON, “La proposition de règlement européen sur la filiation: coup de maître ou coup d’épée dans l’eau?”, *JDI Clunet*, 2023, n° 4.
- M.O. GODOY VÁZQUEZ, “La dignidad humana como límite a la gestación subrogada: proyección necesaria para proteger a la mujer en situación de vulnerabilidad”, *Persona y Derecho*, n° 89, 2023, pp. 203-241.
- C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La Propuesta de Reglamento Europeo sobre filiación: principales retos”, *AEDI-Pr*, t. XXIII, 2023, pp. 151-165.
- E. GOÑI HUARTE, “Gestación por sustitución: contrato y entrega”, en P.M. ESTELLÉS PERALTA (DIR.), *Maternidad subrogada: la nueva esclavitud del siglo XXI: un análisis ético y jurídico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 239-269.
- N. GOÑI URRIZA, “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 Pancharevo y al ATJUE K.S.-S.V.D.”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 1, 2023, pp. 970-978.
- M. GUZMÁN PECES, “La interconexión de los foros de competencia en la propuesta de Reglamento europeo en materia de filiación con los Reglamentos Bruselas II ter y III”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 2, 2023, pp. 1410-1424.
- T. HELMS, “Co-Elternschaft im IPR”, *IPRax*, 2023, 3, pp. 232-237.
- J.C. LOUREIRO, “Gestación subrogada y dignidad(es): la (in)experiencia portuguesa”, en P.M. ESTELLÉS PERALTA (DIR.), *Maternidad subrogada: la nueva esclavitud del siglo XXI: un análisis ético y jurídico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 391-422.
- M.L. MARÍN CASTÁN, “La dignidad de la mujer como argumento jurídico relevante en la Sentencia del Tribunal Supremo español 277 /2022, de 31 de marzo de 2022”, *Revista de bioética y derecho: publicación del Máster en bioética y derecho*, n° 57, 2023, pp. 309-334.
- C. MAYER, “(Unechte) Vaterschaftskonkurrenzen im Internationalen Privatrecht (BGH und OLG Brandenburg, S. 300 und S. 305)”, *IPRax*, 2023, 3, pp. 264-267.
- G. MILIOS, “The recognition of parenting rights of same-sex couples established abroad”, *Revista General de Derecho Europeo*, n° 60, 2023.
- C. MOSQUERA ORDOÑEZ, “Nulidad de pleno derecho de la gestación por sustitución comercial”, en P.M. ESTELLÉS PERALTA (DIR.), *Maternidad subrogada: la nueva esclavitud del siglo XXI: un análisis ético y jurídico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 271-305.
- V. MÚRTULA LAFUENTE, “A vueltas con la gestación por sustitución y la filiación de los menores nacidos por este procedimiento: Algunas reflexiones tras la STS, 1.ª (Pleno), de 31 de marzo de 2022”, *Derecho Privado y Constitución*, n° 42, 2023, pp. 87-137.
- M. NADEMLEINSKY, “Auf dem Weg zu einer EU-Abstammungs-VO”, en F. HEINDLER/K. HUBER/J. SCHACHERREITER (HRSG.), *Liber Amicorum Bea Verschraegen*, Wien, MANZ’sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2023, pp. 177-184.
- F.J. OROZCO GONZÁLEZ, “La consideración de la sala de lo civil del Tribunal Supremo sobre la dignidad de la mujer gestante y del nacido en el convenio de gestación por sustitución”, *La Ley*, n° 10204, Sección Tribuna, 10 enero 2023.

- S.A. PALACIO, “Gestación por sustitución: panorama actual y tendencia jurisprudencial argentina”, *Revista Saber y Justicia. Escuela Nacional de la Judicatura, República Dominicana*, vol. 1, n° 23, 2023, pp. 42-56.
- G. PIGNATARO, “La genitorialità tra biodiritto e regulatory competition nello spazio giuridico europeo”, *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, n° 2, 2023, pp. 56-92.
- A. PINO ÁVILA, “Filiación, gestación por sustitución y derecho internacional privado: la Sentencia del Tribunal Supremo español 277/2022 a la luz de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de bioética y derecho: publicación del Máster en bioética y derecho*, n° 57, 2023, pp. 335-350.
- C. PLA DÍAZ, “El contrato de gestación subrogada y sus consecuencias: ¿es necesaria una mayor regulación?”, en P.M. ESTELLÉS PERALTA (DIR.), *Maternidad subrogada: la nueva esclavitud del siglo XXI: un análisis ético y jurídico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 139-163.
- F. RAMÓN FERNÁNDEZ, “Maternidad subrogada, inteligencia artificial, algoritmos y selección de embriones”, *Revista Boliviana de Derecho*, n° 35, 2023, pp. 414-437.
- J.F. RODRÍGUEZ AYUSO, “La gestación por sustitución: dilemas éticos y jurídicos y perspectiva desde el papel de las Administraciones Públicas”, en P.M. ESTELLÉS PERALTA (DIR.), *Maternidad subrogada: la nueva esclavitud del siglo XXI: un análisis ético y jurídico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 307-336.
- I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, “La ley aplicable en la Propuesta de Reglamento sobre Filiación a la luz de los nuevos modelos de familia”, *AEDIPr*, t. XXIII, 2023, pp. 167-180.
- M.J. SALAR SOTILLOS/M. ALBERT MÁRQUEZ, “Consecuencias ético-jurídicas del intercambio de embriones: ¿qué mujer será madre?”, en P.M. ESTELLÉS PERALTA (DIR.), *Maternidad subrogada: la nueva esclavitud del siglo XXI: un análisis ético y jurídico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 337-359.
- T. TERTSCH, *Reformbedarf im internationalen Abstammungsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2023.
- S. VILAR GONZÁLEZ, “Mecanismos de inscripción de los nacidos por gestación subrogada en el Registro Civil español”, *Revista Boliviana de Derecho*, n° 35, 2023, pp. 66-97.

Adopción internacional

- B. BIX, *Families by agreement: navigating choice, tradition, and law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2023.
- S. CHAILLÉ DE NÉRÉ, “Tradition culturelle et loi étatique: conflit de normes autour du don d’enfant polynésien (Civ. 1re, 21 septembre 2022, n° 21-50.042)”, *Revue critique de droit international privé*, 2023, 1, pp. 227-244.
- S.M. DAVEY/J. LINDSEY (EDS.), *Grandparents and the law: rights and relationships*, London, Hart Publishing, 2023.
- G. DE OLIVEIRA/P. TÁVORA VÍTOR, *Family and Succession Law in Portugal*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer Law International, 2023.
- R. LEGENDRE, “Adoption et racines culturelles et religieuses: une affaire de droit international privé? (CEDH, gde ch., 10 déc. 2021, aff. 15379/16, Abdi Ibrahim c/ Norvège)”, *Revue critique de droit international privé*, 2023, 1, pp. 176-189.
- N. LOWE/C. FENTON-GLYNN (EDS.), *Research handbook on adoption law*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2023.

Protección de menores

- M.D. ADAM MUÑOZ, “Régimen jurídico del derecho de visita de los menores en el Derecho internacional privado europeo”, en R. RUEDA VALDIVIA (DIR.), *Nuevos horizontes de la movilidad internacional de personas en el siglo XXI. Libro homenaje a la profesora Mercedes Moya Escudero*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 93-118.

- I. ANTÓN JUÁREZ, “Disposiciones comunes sobre ejecución”, en E. CASTELLANOS RUIZ (DIR.)/M.J. CASTELLANOS RUIZ (COORD.), *Comentario al nuevo Reglamento (UE) Bruselas II ter*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 501-548.
- I. ANTÓN JUÁREZ, “Documentos públicos y acuerdos”, en E. CASTELLANOS RUIZ (DIR.)/M.J. CASTELLANOS RUIZ (COORD.), *Comentario al nuevo Reglamento (UE) Bruselas II ter*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 549-572.
- I. ANTÓN JUÁREZ, “Otras disposiciones”, en E. CASTELLANOS RUIZ (DIR.)/M.J. CASTELLANOS RUIZ (COORD.), *Comentario al nuevo Reglamento (UE) Bruselas II ter*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 573-592.
- G. BIAGIONI, “The interplay of EU Regulation 2019/1111 with the 1980 Hague Convention in matters of child abduction”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 1, 2023, pp. 1077-1089.
- A. BOTTHOF, “Haager Kindesentführungsübereinkommen (HKÜ): Zum Rückgabestaat und dem Kindeswohl als Vollstreckungshindernis”, *IPRax*, 2023, 6, pp. 536-539.
- A.-L. CALVO CARAVACA/ M.-A. CEBRIÁN SALVAT, “Chapter VII Delegated Acts (Art. 92 – Art. 93). Introduction to Articles 92-93”, en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (Eds.), *Brussels IIter Regulation – Commentary*, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2023, pp. 604-605.
- A.-L. CALVO CARAVACA/ M.-A. CEBRIÁN SALVAT, “Article 92. Amendments to the Annexes”, en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (Eds.), *Brussels IIter Regulation – Commentary*, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2023, pp. 606-609.
- A.-L. CALVO CARAVACA/ M.-A. CEBRIÁN SALVAT, “Article 93. Exercise of the delegation”, en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (Eds.), *Brussels IIter Regulation – Commentary*, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2023, pp. 609-611.
- A.-L. CALVO CARAVACA/ M.-A. CEBRIÁN SALVAT, “Chapter VIII. Relations with other instruments (Art. 94 - Art. 99). Introduction to Articles 94-99”, en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (Eds.), *Brussels IIter Regulation – Commentary*, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2023, pp. 611-618.
- A.-L. CALVO CARAVACA/ M.-A. CEBRIÁN SALVAT, “Article 94. Relations with other instruments”, en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (Eds.), *Brussels IIter Regulation – Commentary*, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2023, pp. 618-628.
- A.-L. CALVO CARAVACA/ M.-A. CEBRIÁN SALVAT, “Article 95. Relations with certain multilateral conventions”, en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (Eds.), *Brussels IIter Regulation – Commentary*, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2023, pp. 628-632.
- A.-L. CALVO CARAVACA/ M.-A. CEBRIÁN SALVAT, “Article 96. Relation with the 1980 Hague Convention”, en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (Eds.), *Brussels IIter Regulation – Commentary*, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2023, pp. 632-634.
- A.-L. CALVO CARAVACA/ M.-A. CEBRIÁN SALVAT, “Article 97. Relation with the 1996 Hague Convention”, en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (Eds.), *Brussels IIter Regulation – Commentary*, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2023, pp. 635-643.
- A.-L. CALVO CARAVACA/ M.-A. CEBRIÁN SALVAT, “Article 98. Scope of effect”, en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (Eds.), *Brussels IIter Regulation – Commentary*, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2023, pp. 643-644.
- A.-L. CALVO CARAVACA/ M.-A. CEBRIÁN SALVAT, “Article 99. Treaties with the Holy See”, en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (Eds.), *Brussels IIter Regulation – Commentary*, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2023, pp. 644-645.
- A.J. CALZADO LLAMAS, *La sustracción internacional de menores: el Reglamento 2019/1111 y su interacción con el convenio de la Haya de 1980 y la LEC*, Cizur Menor (Navarra), Editorial Aranzadi, 2023.
- J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La acción de restitución directa del menor en el Convenio de la Haya de 25 octubre 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Análisis jurisprudencial crítico y heterodoxo”, *Actualidad civil*, nº 7-8, 2023.
- J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Definiciones”, en E. CASTELLANOS RUIZ (DIR.)/M.J. CASTELLANOS RUIZ (COORD.), *Comentario al nuevo Reglamento (UE) Bruselas II ter*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 127-164.

- L.F. CARRILLO POZO, “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”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 1, 2023, pp. 924-935.
- E. CASTELLANOS RUIZ, “Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores”, en E. CASTELLANOS RUIZ (DIR.)/M.J. CASTELLANOS RUIZ (COORD.), *Comentario al nuevo Reglamento (UE) Bruselas II ter*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 35-88.
- E. CASTELLANOS RUIZ, “Ámbito de aplicación”, en E. CASTELLANOS RUIZ (DIR.)/M.J. CASTELLANOS RUIZ (COORD.), *Comentario al nuevo Reglamento (UE) Bruselas II ter*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 89-126.
- M.J. CASTELLANOS RUIZ, “Responsabilidad parental”, en E. CASTELLANOS RUIZ (DIR.)/M.J. CASTELLANOS RUIZ (COORD.), *Comentario al nuevo Reglamento (UE) Bruselas II ter*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 201-340.
- M.A. CEBRIÁN SALVAT, “Disposiciones generales relativas al reconocimiento y a la ejecución”, en E. CASTELLANOS RUIZ (DIR.)/M.J. CASTELLANOS RUIZ (COORD.), *Comentario al nuevo Reglamento (UE) Bruselas II ter*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 423-474.
- M.A. CEBRIÁN SALVAT, “Reconocimiento y ejecución de determinadas resoluciones privilegiadas”, en E. CASTELLANOS RUIZ (DIR.)/M.J. CASTELLANOS RUIZ (COORD.), *Comentario al nuevo Reglamento (UE) Bruselas II ter*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 475-500.
- M.M. CELIS AGUILAR, *Sustracción internacional de menores: estudio jurisprudencial, doctrinal y crítico del Convenio de La Haya de 1980: aspectos clave y soluciones a los problemas de aplicación*, Madrid, Dykinson, 2023.
- C. CHALAS, “Les mesures de protection de l’enfant illicitement déplacé et le risque grave de danger: comparaison de l’office des juges américains et européens”, *Revue critique de droit international privé*, 2023-1, pp. 67-84.
- C.I. CORDERO ÁLVAREZ, “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”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 1, 2023, pp. 254-274.
- A. DE CARVALHO RAMOS/D. TOGNINI SABA, “Uma nova alienação parental transnacional? A criminalização do abductor e a prática dos Estados no sequestro internacional de crianças”, *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, 36, 10, jul./set. 2023, pp. 175-194.
- A.S. DE SOUSA GONÇALVES, “Direito de asilo versus rapto internacional de crianças”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 1, 2023, pp. 1061-1067.
- A.S. DE SOUSA GONÇALVES, *Matérias matrimoniais e responsabilidades parentais na União Europeia: o regulamento (UE) 2019/1111*, Coimbra, Editora d’Ideias, 2023.
- J. DOMINGO MONFORTE/R. ESTELLÉS DELGADO, “Sustracción internacional de menores. Extemporaneidad, excepción a la restitución”, *Diario La Ley*, nº 10347, Sección Tribuna, 13 septiembre 2023.
- A. DURÁN AYAGO, “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.”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 1, 2023, pp. 948-955.
- A. DURÁN AYAGO, “*Perpetuatio fori* y coexistencia entre el Reglamento (CE) 2201/2003 y el Convenio de La Haya de 1996. A propósito de la STJUE de 14 de julio de 2022, asunto C-572/21, CC”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 2, 2023, pp. 1213-1219.
- A. DURÁN AYAGO, “Y, de repente, las dudas en la aplicación del mecanismo de prevalencia en los casos europeos de traslado ilícito de menores: Sentencia del Tribunal de Justicia 13 de julio de 2023, asunto C-87/22: TT y AK”, *La Ley Unión Europea*, nº 118, 2023.
- C. FRATEA, “La tutela del diritto all’unità familiare dei minori migranti tra sistema europeo comune di asilo e direttiva sul ricongiungimento familiare: una lettura alla luce della giurisprudenza

- della Corte di Giustizia dell'Unione europea", *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, nº 1, 2023, pp. 12-49.
- M. FREEMAN/N. TAYLOR (ED.), *Research handbook on international child abduction: the 1980 Hague Convention*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2023.
- R. FUCIK, "Parteienautonomie und grenzüberschreitende Familienkonflikte, insbesondere im Entführungsfall", en F. HEINDLER/K. HUBER/J. SCHACHERREITER (HRSG.), *Liber Amicorum Bea Verschraegen*, Wien, MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2023, pp. 35-54.
- E. GALLANT, "Inapplicabilité de l'article 10 du règlement Bruxelles II bis en cas d'acquisition d'une résidence habituelle dans un État tiers (CJUE, 24 mars 2021, aff. C-603/20 PPU)", *Revue critique de droit international privé*, 2023, 1, pp. 121-134.
- T. GARBER/C. RUDOLF, "Pflegerische Genehmigung einer Klagsführung vor österreichischen Gerichten – Zur internationalen Zuständigkeit und zum anwendbaren Recht für die Erteilung einer pflegerischen Genehmigung", *IPRax*, 2023, 5, pp. 461-467.
- M. GONZÁLEZ MARIMÓN, "Hacia una mayor protección de niños, niñas y mayores en la Unión Europea", en R. RUEDA VALDIVIA (DIR.), *Nuevos horizontes de la movilidad internacional de personas en el siglo XXI. Libro homenaje a la profesora Mercedes Moya Escudero*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 57-78.
- B. HEIDERHOFF, "Das Sorgerechtsverfahren nach der EuEheVO 2019 – Beschwörungen, Kompromisse und Hoffnungen", *IPRax*, 2023, 4, pp. 333-339.
- L. HENKE, *Das Kindeswohl im Privat- und Verfahrensrecht nach elterlicher Trennung und Scheidung: eine Begutachtung ausgewählter Bereiche des nationalen und internationalen Rechts*, Jena, JWV, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2023.
- M. HERRANZ BALLESTEROS, "Cooperación en materia de responsabilidad parental", en E. CASTELLANOS RUIZ (DIR.)/M.J. CASTELLANOS RUIZ (COORD.), *Comentario al nuevo Reglamento (UE) Bruselas II ter*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 593-632.
- M. HERRANZ BALLESTEROS, "Disposiciones generales", en E. CASTELLANOS RUIZ (DIR.)/M.J. CASTELLANOS RUIZ (COORD.), *Comentario al nuevo Reglamento (UE) Bruselas II ter*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 633-654.
- M. HERRANZ BALLESTEROS, "Actos delegados", en E. CASTELLANOS RUIZ (DIR.)/M.J. CASTELLANOS RUIZ (COORD.), *Comentario al nuevo Reglamento (UE) Bruselas II ter*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 655-658.
- M. HERRANZ BALLESTEROS/N. FEBLES POZO (DIR.), *Protección de menores y discapacitados*, Madrid, Colex, 2023.
- P. JIMÉNEZ BLANCO, "Forum non conveniens y sustracción internacional de menores: Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 2023. Asunto C-87/2022: TT", *La Ley Unión Europea*, nº 118, 2023.
- K. JÜRIMÄE, "El Derecho de la Unión se opone a que autoridades nacionales puedan obtener sin justificación la suspensión de una resolución firme de restitución de un menor: TJ, Sala Tercera, S 16 Feb. 2023. Asunto C-638/22 PPU: Rzecznik Praw Dziecka y otros", *La Ley Unión Europea*, nº 113, 2023.
- O.A. KHAZOVA, "Interim Measures under the Third Optional Protocol to the UNCRC and the Concept of 'Prompt Return' of the 1980 Hague Convention", en F. HEINDLER/K. HUBER/J. SCHACHERREITER (HRSG.), *Liber Amicorum Bea Verschraegen*, Wien, MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2023, pp. 93-114.
- I. LORENTE MARTÍNEZ, "Sustracción internacional de menores", en E. CASTELLANOS RUIZ (DIR.)/M.J. CASTELLANOS RUIZ (COORD.), *Comentario al nuevo Reglamento (UE) Bruselas II ter*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 383-422.
- I. LORENTE MARTÍNEZ, "Relaciones con otros instrumentos", en E. CASTELLANOS RUIZ (DIR.)/M.J. CASTELLANOS RUIZ (COORD.), *Comentario al nuevo Reglamento (UE) Bruselas II ter*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 659-682.

- I. LORENTE MARTÍNEZ, “Disposiciones finales”, en E. CASTELLANOS RUIZ (DIR.)/M.J. CASTELLANOS RUIZ (COORD.), *Comentario al nuevo Reglamento (UE) Bruselas II ter*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 683-698.
- U. MAGNUS/P. MANKOWSKI ET AL., *Brussels IIter Regulation*, 2ª ed., Köln, Otto Schmidt, 2023.
- L. MATARREDONA CHORNET, “El perímetro de tipicidad del delito de sustracción de menores”, *Diario La Ley*, nº 10336, Sección Tribuna, 26 junio 2023.
- A.E. MEYER, *Die Anknüpfung internationaler Fürsorgeverhältnisse nach der Reform des Art. 24 EGBGB*, Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2023.
- G. MORENO CORDERO, “El *gender mainstreaming* y la protección de los menores en secuestros transfronterizos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 2, 2023, pp. 767-800.
- A. MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, “El concepto de orden público en el reglamento sobre responsabilidad parental, en el reglamento de alimentos y en el reglamento de sucesiones”, en M.D. CERVILLA GARZÓN/I. ZURITA MARTÍN (DIR.), *Identidad islámica y orden público en una sociedad inclusiva*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2023, pp. 227-263.
- A. NIETO, “La custodia y la tutela de menores en el Derecho islámico: Análisis de las instituciones de la Hadana, la Wilaya y la figura del Wali”, en M.D. CERVILLA GARZÓN/I. ZURITA MARTÍN (DIR.), *Identidad islámica y orden público en una sociedad inclusiva*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2023, pp. 361-379.
- L.I. PADILLA ESPINOSA, “El papel de la Kafala en el ordenamiento jurídico español y el derecho a la vida en familia de los menores”, en M.D. CERVILLA GARZÓN/I. ZURITA MARTÍN (DIR.), *Identidad islámica y orden público en una sociedad inclusiva*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2023, pp. 547-558.
- E. PICAND ALBÓNICO, “El interés superior del niño en la Convención de la Haya de 1980 sobre restitución internacional de menores”, en *Derecho de los Tratados: Actuales desafíos*, Uruguay, Fundación de Cultura Universitaria, 2023, pp. 551-580.
- A. PRECHAL, “Práctica administrativa consistente en seguir aplicando la Directiva 79/7/CEE tras una Sentencia prejudicial del Tribunal de Justicia que permite declarar que esa norma constituye una discriminación directa por razón de sexo: TJ, Sala Segunda, S14 Sep. 2023. Asunto C-113/22: TGSS”, *La Ley Unión Europea*, nº 118, 2023.
- J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Disposiciones comunes”, en E. CASTELLANOS RUIZ (DIR.)/M.J. CASTELLANOS RUIZ (COORD.), *Comentario al nuevo Reglamento (UE) Bruselas II ter*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 341-382.
- L.S. ROSSI, “Remisión a un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro mejor situado para conocer del asunto en un litigio en materia de responsabilidad parental: Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala Cuarta, de 13 de julio de 2023. Asunto C87/22: TT y AK”, *La Ley Unión Europea*, nº 117, 2023.
- C. RUIZ SUTIL, “International removals in contexts of violence between European asylum law and the best interests of the child: the CJEU case A.V.B. of 2 August 2021”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XXIII, 2021/2022, 2023, pp. 349-363.
- C. RUIZ SUTIL, *Las violencias de género en entornos transfronterizos: Interconexión de las perspectivas de extranjería, asilo y del Derecho internacional privado*, Madrid, Dykinson, 2023.
- C. RUIZ SUTIL, “Diferentes formas de violencia de género contra las extranjeras y su descendencia: un nuevo marco jurídico de la extranjería y de la protección internacional”, en Á. LARA AGUADO (COORD.), *Protección de menores en situaciones transfronterizas: análisis multidisciplinar desde las perspectivas de género, de los derechos humanos y de la infancia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 935-982.
- M. SABIDO RODRÍGUEZ, “El Derecho de la Unión se opone a que autoridades nacionales puedan obtener sin justificación la suspensión de una resolución firme de restitución de un menor: Sentencia del Tribunal de Justicia 3ª 16 febrero 2023, C-638/22 PPU: Rzecznik Praw Dziecka y otros”, *La Ley Unión Europea*, nº 113, 2023.

- M. SABIDO RODRÍGUEZ, “Las vías penal y civil para proteger al menor frente a supuestos de sustracción internacional. Su coexistencia en el espacio judicial europeo”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 1, 2023, pp. 785-805.
- M. SABIDO RODRÍGUEZ, “La residencia habitual como foro de competencia judicial internacional en algunos sectores del Derecho de familia internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 2, 2023, pp. 1324-1342.
- M.J. SÁNCHEZ CANO, “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”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 1, 2023, pp. 1039-1051.
- M.J. SÁNCHEZ CANO, “El sempiterno problema de la determinación de la residencia habitual del menor a los efectos de una sustracción internacional de menores: Una visión desde la SAP de Salamanca nº 844/2022, de 2 de noviembre”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 2, 2023, pp. 1343-1355.
- M.E. SANCHO HERRERA, “Sustracción de menores. Aspectos civiles y penales”, *Diario La Ley*, nº 10391, Sección Tribuna, 20 noviembre 2023.
- L. SERENA ROSSI, “Determinación del criterio de ‘residencia habitual’, para determinar la competencia judicial en materia de divorcio, responsabilidad parental y obligación de alimentos: TJ, Sala Tercera, S 1 Ago., 2022. Asunto C-501/20: MPA y LCDNMT”, *La Ley Unión Europea*, nº 113, 2023.
- L. SERENA ROSSI, “Remisión a un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro mejor situado para pronunciarse sobre el derecho de custodia: TJ, Sala Cuarta, S 13 Jul. 2023. Asunto C-87/22: TT y AK (Traslado ilícito de un menor)”, *La Ley Unión Europea*, nº 118, 2023.
- L. THALMEIR, *Die grenzüberschreitende Durchsetzung elterlicher Entscheidungen: Elternautonomie und alternative Streitbeilegung in internationalen Kindschaftssachen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2023.
- M. WILDERSPIN, *European private international family law: the Brussels IIb Regulation*, Oxford, Oxford University Press, 2023.
- S.K. WITTING, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Optional Protocol 2: On the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography*, Leiden, Boston, Brill, Nijhoff, 2023.

Alimentos

- M. ANDRAE, “Änderung oder Einstellung der Vollstreckung einer Entscheidung nach Art. 12 HKÜ?”, *IPRax*, 2023, 2, pp. 172-175.
- A. ANNERL/E. HUEBER/R. HUTER/M. WEBER, *Internationales Unterhaltsrecht, EuUntVO, HUntP, HuntÜ*, Wien, LexisNexis, 2023.
- I. BACH/F. BURGHARDT, “Zum Stellenwert des letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts für den nahehelichen Unterhalt – Der BGH im Bermudadreieck zwischen tatrichterlicher Abwägung, grundsätzlicher Bedeutung und acte clair”, *IPRax*, 2023, 6, pp. 531-535.
- I. BACH/M. NISSELE, “Wenn der Verweis zum Bumerang wird – die Tücken des Unterhalts-IZPR”, *IPRax*, 2023, 4, pp. 376-403.
- C. BUDZIKIEWICZ ET AL. (HRSG.), *Vorsorge und Verantwortung im Internationalen Familienrecht*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2023.
- C.I. CORDERO ÁLVAREZ, “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”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 1, 2023, pp. 254-274.
- N. JOUBERT, “La détermination de la résidence habituelle de l’enfant dans l’application du Protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires (CJUE, 12 mai 2022, aff. C-644/20)”, *Revue critique de droit international privé*, 2023, 1, pp. 198-211.

- A. MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, “El concepto de orden público en el reglamento sobre responsabilidad parental, en el reglamento de alimentos y en el reglamento de sucesiones”, en M.D. CERVILLA GARZÓN/I. ZURITA MARTÍN (DIR.), *Identidad islámica y orden público en una sociedad inclusiva*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2023, pp. 227-263.
- G. RICCIARDI, “The practical operation of the 2007 Hague Protocol on the law applicable to maintenance obligations”, *IPRax*, 2023, 4, pp. 340-346.
- M. SABIDO RODRÍGUEZ, “La residencia habitual como foro de competencia judicial internacional en algunos sectores del Derecho de familia internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 2, 2023, pp. 1324-1342.
- C. SCHEUER, *Unterhaltsvereinbarungen: eine Untersuchung zum deutschen und internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2023.
- L. SERENA ROSSI, “Determinación del criterio de ‘residencia habitual’, para determinar la competencia judicial en materia de divorcio, responsabilidad parental y obligación de alimentos: TJ, Sala Tercera, S 1 Ago., 2022. Asunto C-501/20: MPA y LCDNMT”, *La Ley Unión Europea*, nº 113, 2023.

Sucesión mortis causa

- A. AIGNER-ŞAHIN, *Erbfälle mit Drittstaatenbezug unter dem Regime der Europäischen Erbrechtsverordnung*, Baden-Baden, Nomos, Bern, Stämpfli Verlag, München, C.H. Beck, 2023.
- G.A. CAPAUL, *Standortbestimmung und Perspektiven der Parteiautonomie im internationalen Erbrecht der Schweiz*, Zürich, Genf, Schulthess, 2023.
- M. CASTILLA BAREA, “Algunas reglas esenciales de las sucesiones en los Derechos islámicos. Su posible colisión con el principio de igualdad y no discriminación”, en M.D. CERVILLA GARZÓN/I. ZURITA MARTÍN (DIR.), *Identidad islámica y orden público en una sociedad inclusiva*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2023, pp. 385-405.
- C. CHEVALLEY, *Testamentarische Schiedsklauseln: einseitig angeordnete Schiedsgerichte in Erbsachen gemäss Art. 178 Abs. 4 IPRG und Art. 358 Abs. 2 ZPO, mit rechtshistorischen und rechtsvergleichenden Perspektiven*, Zürich, Genf, Schulthess Juristische Medien, 2023.
- R. DE BARROS FRITZ, *The Characterization of Provisions Protecting Forced Heirs Against Lifetime Dispositions. A Comparative Law Study of the Laws of Louisiana and Germany*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2023.
- G. DE FOY/É.-J. NAVEZ (DIR.), *La fiscalité des successions et des donations internationales*, 2ª ed., Bruxelles, Bruylant, 2023.
- M. EDRIS, *Die gesetzliche Erbfolge im syrischen Recht (für Muslime) und im deutschen Recht: eine rechtsvergleichende Studie unter Berücksichtigung des internationalen Erbrechts*, Hamburg, Verlag Dr. Kovač, 2023.
- I. ESPÍNEIRA SOTO, “Interpretación que debe darse a la calificación de ‘subsidiaria’ de la competencia del art. 10 del Reglamento (UE) no 650/2012: Auto del Tribunal de Justicia 10ª de 17 de julio de 2023, asunto C-55/23: Jurtukala”, *La Ley Unión Europea*, nº 119, 2023.
- L. FEY, *Bedürftige Erben: Testierfreiheit versus Sittenwidrigkeit bei Bedürftigen- und Überschuldetentestamenten*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2023.
- J.M. FONTANELLAS MORELL, “Rechazo del reenvío que, de conformidad con el Reglamento (UE) nº 650/2012, efectúa la normativa conflictual del Estado de la nacionalidad del causante a cuya legislación éste había sometido su sucesión”, *AEDIPr*, t. XXIII, 2023, pp. 387-396.
- M. FORNASIER, “Auf der Suche nach den Auslandswirkungen des deutschen Erbscheins – eine Zwischenbilanz zehn Jahre nach Inkrafttreten der EuErbVO”, *IPRax*, 2023, 5, pp. 468-474.
- D. FOUSSARD, “La compatibilité de l’obligation d’enregistrer un testament établi à l’étranger, sous peine d’inexécution du legs, avec le droit de l’Union européenne (Civ. 1re, 13 avril 2022, nº 20-23.530)”, *Revue critique de droit international privé*, 2023, 1, pp. 190-197.
- S. FRANK/C. DÖBEREINER, *Nachlassfälle mit Auslandsbezug*, 2ª ed., Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2023.

- T. GARBER/K. LUGANI (HRSG), *10 Jahre EuErbVO: Rück- und Ausblick zur EU-Erbrechtsverordnung: Sammlung*, Wien, Verlag Österreich, 2023.
- S. GOYENCHE ECHEVERRIA, “Pluralidad de testamentos en sucesión internacional con parte del caudal relicto en Chicago”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 2, 2023, pp. 1219-1236.
- U.P. GRUBER, “Plädoyer gegen die Anpassung beim gesetzlichen Ehegattenerbrecht”, *IPRax*, 2023, 5, pp. 435-439.
- B.S. GÜNEŞ, *Succession Upon Death: A Comparison of European and Turkish Private International Law*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2023.
- B. HEIDERHOFF/I. QUEIROLO (ED.), *EU and private international law: trending topics in contracts, successions and civil liability*, Napoli, Editoriale scientifica, 2023.
- M. ILESIC, “Declaración relativa a la renuncia a una herencia efectuada por un heredero ante el tribunal del Estado miembro de su residencia habitual: TJ, Sala Décima, S 30 Mar. 2023. Asunto C-651/21: M. Ya. M”, *La Ley Unión Europea*, nº 115, 2023.
- M. ILESIC, “Norma de competencia subsidiaria del Reglamento (UE) n.o 650/2012 en materia de sucesiones y creación de un certificado sucesorio europeo: TJ, Sala Décima, A 17 Jul. 2023. Asunto C-55/23: Jurtukala”, *La Ley Unión Europea*, nº 119, 2023.
- C. JESSEL-HOLST, “Kosovo”, en A. BERGMANN/M. FERID/D. HENRICH/A. DUTTA/H.-G. EBERT (EDS.), *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht mit Staatsangehörigkeitsrecht*, 254. Lf., Frankfurt am Main, Verlag für Standesamtswesen, 2023, pp. 1-78.
- O.O. KARMAZA/O.O. HRABOVSKA/O.S. ZAKHAROVA, “Settlement of inheritance relations in bilateral international agreements of Ukraine with foreign states on legal assistance in civil cases”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 1, 2023, pp. 461-469.
- G. KOEHL, *Deutsch-türkische Erbfälle: anwendbares Recht und internationale Zuständigkeit seit Inkrafttreten der EuErbVO*, Baden-Baden, Nomos, 2023.
- Á. LARA AGUADO, “Aspectos prácticos de la sucesión de emigrantes retornados españoles”, en R. RUEDA VALDIVIA (DIR.), *Nuevos horizontes de la movilidad internacional de personas en el siglo XXI. Libro homenaje a la profesora Mercedes Moya Escudero*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 279-314.
- S. LEITHOLD, *Der Erwerb von Todes wegen mittels US-amerikanischer will substitutes: Kollisionsrechtliche Behandlung und sachrechtliche Berücksichtigung*, Baden-Baden, Nomos, 2023.
- A. LÖHMER, *Pflichtteilsansprüche gegen die liechtensteinische Stiftung unter Berücksichtigung des deutschen und liechtensteinischen Erbrechts*, Zürich, St. Gallen, Dike Verlag, 2023.
- N. MAGALLÓN ELÓSEGUI, “Ley aplicable a la validez formal y material de la declaración de renuncia a la herencia en el Reglamento europeo 650/2012 sobre sucesiones”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 1, 2023, pp. 991-997.
- P.M. MELGAREJO CORDÓN, “Consideraciones sobre el control de oficio de la competencia en el ámbito de los Reglamentos europeos de familia y sucesiones”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 15, 1, 2023, pp. 549-572.
- P.M. MELGAREJO CORDÓN, “La prueba de la cualidad de heredero en Italia. Una nueva inmersión en el debate de la consideración de los notarios como ‘tribunales’ a efectos del art. 3.2 del Reglamento 650/2012”, *AEDIPr*, t. XXIII, 2023, pp. 313-336.
- 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 de la movilidad internacional de personas en el siglo XXI. Libro homenaje a la profesora Mercedes Moya Escudero*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 315-336.
- A. MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, “El concepto de orden público en el reglamento sobre responsabilidad parental, en el reglamento de alimentos y en el reglamento de sucesiones”, en M.D. CERVILLA GARZÓN/I. ZURITA MARTÍN (DIR.), *Identidad islámica y orden público en una sociedad inclusiva*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2023, pp. 227-263.
- L.A. PÉREZ MARTÍN, “Interpretación del orden público internacional en el Derecho de sucesiones de la Mudawana 2004 en una sociedad inclusiva multicultural”, en M.D. CERVILLA GARZÓN/I. ZURITA

- MARTÍN (DIR.), *Identidad islámica y orden público en una sociedad inclusiva*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2023, pp. 533-545.
- D. PERKIĆ, *Unsterbliche Daten: der digitale Nachlass im Spannungsverhältnis zwischen Erbrecht und postmortalem Persönlichkeitsrecht unter besonderer Berücksichtigung des erbrechtlichen Vermögensbegriffs*, Bonn, zerb verlag, 2023.
- I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, “De nuevo sobre el régimen específico de renuncia a la herencia en el Reglamento (UE) 650/2012: Sentencia del Tribunal de Justicia 30 de marzo de 2023, Asunto C-651/21”, *La Ley Unión Europea*, nº 115, 2023.
- I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, “*Professio iuris* y relación de fuentes en el Reglamento (UE) 650/2012”, *La Ley Unión Europea*, nº 120, 2023.
- J.P. SCHMIDT, “Itinera hereditatis – Strukturen der Nachlassabwicklung in historisch-vergleichender Perspektive”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 223, 2023, pp. 684-686.
- P. SCHOLZ, “Pflichtteil und ordre public (OGH, und BGH, S. 312 und S. 316)”, *IPRax*, 2023, 3, pp. 273-279.
- L. WIMMER, *Motivirrtum bei Schenkung und letztwilliger Verfügung. Eine kritische, historisch-vergleichende Untersuchung des deutschen, französischen und österreichischen Rechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2023.

El cambio retroactivo de la ley aplicable en los reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104

The retroactive change of the applicable law in EU regulations 2016/1103 and 2016/1104

ISIDORO ANTONIO CALVO VIDAL

Notario. Doctor en derecho

ORCID ID: 0000-0003-3579-4050

Recibido: 14.12.2023 / Aceptado :14.01.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8443

Resumen: Los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104 reconocen a los cónyuges o futuros cónyuges y a los miembros o futuros miembros de una unión registrada, dentro de ciertos límites, la libertad de elegir la ley aplicable a su régimen económico matrimonial y a los efectos patrimoniales de su unión registrada, de cambiar, en cualquier momento, la ley aplicable y también de atribuir un efecto retroactivo a ese cambio de la ley aplicable.

Palabras clave: régimen económico matrimonial, efectos patrimoniales de las uniones registradas, elección de la ley aplicable, cambio retroactivo.

Abstract: EU Regulations 2016/1103 and 2016/1104 recognize the spouses or future spouses and the partners or future partners of a registered partnership, within certain limits, the freedom to designate the law applicable to their matrimonial property regime and to the property consequences of their registered partnership, to change the applicable law at any moment and also to give their change of applicable law retroactive effect.

Keywords: matrimonial property regime, property consequences of registered partnerships, choice of the applicable law, retroactive change.

Sumario: I. Introducción. II. La ley aplicable en los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104. III. Los acuerdos de elección de ley. 1. Las leyes elegibles. 2. Los requisitos formales de los acuerdos de elección de ley. 3. La validez material de los acuerdos de elección de ley. IV. La ley aplicable en defecto de elección. V. El cambio de la ley aplicable

I. Introducción

1. El Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales y el Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas, atienden a procurar el desarrollo entre los Estados miembros de una cooperación en asuntos o cuestiones con repercusiones transfronterizas y ambos

encuentran su base jurídica en el artículo 81, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que atribuye al Consejo la competencia para adoptar, por unanimidad, las medidas relativas al derecho de familia con repercusión transfronteriza, previa consulta al Parlamento Europeo, hallándose regulada la cooperación reforzada, a la que finalmente se hubo de recurrir para la aprobación de ambos Reglamentos, en el artículo 20 del Tratado de la Unión Europea y los artículos 326 a 334 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

2. Con el propósito de garantizar la seguridad jurídica de las parejas en lo que respecta a su patrimonio y de ofrecerles cierta previsibilidad, el legislador europeo se ha servido del mecanismo de la unificación, en la superación de la diversidad de las reglas de los derechos internos de los Estados miembros, para determinar la competencia respecto de las autoridades que puedan ser llamadas a intervenir, para establecer el ordenamiento cuyas normas hayan de regir el supuesto concreto, pero también para facilitar la circulación de las resoluciones y de los documentos públicos a través de medidas que atienden al aseguramiento de su reconocimiento y ejecución.

3. Los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104 rigen, en este momento, en los Estados que tomaron parte en la cooperación reforzada que dio origen a los mismos, esto es, en Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Croacia, Eslovenia, España, Finlandia, Francia, Grecia, Italia, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Portugal, República Checa y Suecia. Los demás Estados de la Unión Europea, que tienen, a estos efectos, la consideración de terceros Estados o Estados no miembros, continuarán a resolver las cuestiones relativas a los efectos patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas según las reglas de sus respectivos sistemas de derecho internacional privado.

4. En los Estados miembros, por el contrario, las cuestiones relacionadas con los nacionales de Dinamarca, Eslovaquia, Estonia, Hungría, Irlanda, Letonia, Lituania, Polonia y Rumanía, al igual que los de cualquier otro Estado, se resolverán conforme a las normas de los Reglamentos y a partir del carácter universal de los mismos que se establece en los artículos 20.

5. Los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104 extienden su ámbito de aplicación a las cuestiones de derecho civil de carácter patrimonial o, si se prefiere, de contenido económico, que surgen por causa del matrimonio y de las uniones registradas respecto de los cónyuges que hayan celebrado su matrimonio o que hayan especificado la ley aplicable al régimen económico matrimonial y respecto de los miembros de una unión que la hayan registrado o que hayan especificado la ley aplicable a los efectos patrimoniales de su unión registrada el 29 de enero de 2019 o después de esta fecha. Por tanto, los acuerdos de elección de ley, cuando se celebren a partir de la indicada fecha, permitirán subsumir en el ámbito de aplicación de los Reglamentos los efectos patrimoniales de matrimonios y de uniones registradas que, atendiendo únicamente a la fecha de su celebración o de su creación, habrían quedado fuera del mismo.

II. La ley aplicable en los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104

6. Los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104, al tratar de la ley aplicable, han fijado dos medidas inspiradas básicamente en el principio de la armonización.

7. En primer lugar, en aras de la evitación de su fragmentación, se dispone que una única ley sea la llamada a regir los efectos patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas, con independencia de la naturaleza de los bienes y del lugar de su situación. Por más que, en diversas circunstancias, los mismos Reglamentos contemplen la posibilidad de que otras leyes puedan resultar también aplicables, bien porque todavía existen ámbitos concretos que los Estados quieren salvaguardar mediante la aplicación de disposiciones especiales, bien porque, en determinados supuestos, así lo demande la protección de los terceros.

8. Además, se pretende que la ley que se determine como aplicable al régimen económico matrimonial y a los efectos patrimoniales de la unión registrada pueda abarcar la mayor parte de las cuestiones que guardan relación con la materia regulada: desde la clasificación de los bienes en diferentes categorías durante el matrimonio y la vigencia de la unión registrada y después de su disolución hasta la liquidación del patrimonio, como también los efectos del régimen económico matrimonial y de la unión registrada sobre la relación jurídica entre cualquiera de sus miembros y un tercero

9. De esta forma, se da acogida a nivel europeo, en materia de ley aplicable, a los principios de unidad y universalidad.

10. En segundo lugar, los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104, más allá de establecer criterios generales o subsidiarios para la determinación de la ley aplicable, reconocen también un determinado margen de actuación a la autonomía de la voluntad.

III. Los acuerdos de elección de ley

11. Una de las razones que ha impulsado la tarea del legislador europeo en los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104, en aras de una mayor previsibilidad y seguridad jurídicas, ha sido promover la participación de los ciudadanos en la organización de las relaciones patrimoniales del matrimonio y de las uniones registradas. El reconocimiento de ciertos ámbitos de actuación a la autonomía de la voluntad en la determinación de la ley aplicable, la llamada autonomía de la voluntad conflictual, puede así situarse entre las medidas llamadas a estimular el protagonismo de los ciudadanos en la toma de decisiones y en la adopción de acuerdos en cada una de las materias reglamentadas.

12. El establecimiento de la elección de la ley aplicable como primer punto de conexión en los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104, como anteriormente en el Reglamento (UE) n° 650/ 2012 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo, aunque con alcance diverso, abre también la posibilidad para que materias tan estrechamente imbricadas, como los efectos patrimoniales del matrimonio y de la unión registrada y la sucesión, puedan ordenarse con arreglo a una misma ley, favoreciendo de esta manera una respuesta coordinada a las cuestiones que puedan surgir en cada uno de los ámbitos respectivos.

13. Los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104 autorizan a elegir la ley aplicable a los efectos patrimoniales del matrimonio y de las uniones registradas, entre las leyes con las que los cónyuges o futuros cónyuges y los miembros o futuros miembros de una unión registrada tengan una determinada conexión en razón de su residencia habitual o de su nacionalidad, ya antes del matrimonio o del registro, ya en el momento de la celebración del matrimonio o del registro, ya durante el matrimonio o la vigencia de la unión registrada. De este modo, la libertad de elección de la ley aplicable a los efectos patrimoniales del matrimonio y de las uniones registradas no se concibe en términos absolutos, sino dentro del marco que los Reglamentos establecen de autonomía conflictual «controlada».

1. Las leyes elegibles

14. Según el artículo 22 del Reglamento (UE) 2016/1103, la elección de la ley aplicable al régimen económico matrimonial podrá tener lugar entre la ley del Estado en el que los cónyuges o futuros cónyuges, o uno de ellos, tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del acuerdo, o la ley del Estado de la nacionalidad de cualquiera de los cónyuges o futuros cónyuges en el momento en que se celebre el acuerdo.

15. En el Reglamento (UE) 2016/1104, el artículo 22 establece que los miembros o futuros miembros de una unión registrada podrán elegir la ley aplicable a los efectos patrimoniales de la misma, siempre que dicha ley atribuya efectos patrimoniales a la institución de la unión registrada y que se trate de la ley del Estado en el que los miembros o futuros miembros de la unión registrada, o uno de ellos, tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del acuerdo, la ley del Estado de la nacionalidad de cualquiera de los miembros o futuros miembros de la unión registrada en el momento en que se celebre el acuerdo, o la ley del Estado conforme a cuya ley se haya creado la unión registrada.

16. La limitación de las leyes susceptibles de elección responde a la finalidad de prevenir que la misma pueda resultar poco acorde con la realidad o la evolución de la situación de la pareja. A este efecto, se enumeran los puntos de conexión, residencia habitual y nacionalidad, y estos se refieren a un tiempo concreto, el de la celebración del acuerdo. Tratándose de la unión registrada se añade, como punto de conexión, el Estado de la ley de su creación y, además, para evitar que la elección de ley carezca de efecto alguno, dejando a sus miembros en un vacío legal, tal y como señala el considerando 44 del Reglamento (UE) 2016/1104, se añade como condición para que cualesquiera de las leyes referidas sean susceptibles de elección que en ellas se atribuyan efectos patrimoniales a esta figura.

17. Según rezan los considerandos, cuando en los Reglamentos se menciona la nacionalidad como punto de conexión, la cuestión de cómo considerar a una persona con múltiples nacionalidades es una cuestión previa que no entra en el ámbito de aplicación de los mismos y que debe dejarse al arbitrio de los derechos nacionales, incluidos, cuando proceda, los convenios internacionales, con pleno respeto de los principios generales de la Unión, por más que esta consideración no deberá tener ninguna incidencia en la validez de la elección de la ley aplicable. Así se puede considerar que, aun a falta una expresa disposición como la contenida en el artículo 21, apartado 1, del Reglamento (UE) n° 650/2012, cuando una persona posea varias nacionalidades la elección de la ley aplicable podrá recaer en la ley de cualquiera de los Estados cuya nacionalidad posea en el momento en que se celebre el acuerdo.

2. Los requisitos formales de los acuerdos de elección de ley

18. Con carácter general, como medida de salvaguardia para garantizar que los intervinientes son plenamente conscientes de las consecuencias de su elección, mas también para asegurar un medio de prueba de su decisión, por disposición de los artículos 23 de los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104, el acuerdo de elección de ley se expresará por escrito, fechado y firmado por los miembros de la pareja. Se considerará como escrito toda comunicación efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo. No obstante, si la ley del Estado miembro en el que ambos intervinientes tuvieren su residencia habitual en el momento de celebración del acuerdo estableciere requisitos formales adicionales para los pactos capitulares, estos deberán cumplirse. Si, en la fecha de celebración del acuerdo, los intervinientes tuvieren su residencia habitual en distintos Estados miembros cuyas leyes establecieren requisitos formales diferentes para los pactos capitulares, el acuerdo será formalmente válido si cumple los requisitos de una de las dos leyes. Si, en la fecha de celebración del acuerdo, solo uno de ellos tuviere su residencia habitual en un Estado miembro cuya ley estableciere requisitos formales adicionales para los pactos capitulares, estos deberán respetarse.

19. *A contrario sensu*, de haber los miembros de la pareja en la fecha de celebración del acuerdo su residencia habitual en un tercer Estado, la elección de ley será formalmente válida, según los Reglamentos, si se expresa por escrito, fechado y firmado. Y es que la exigencia de una formalidad reforzada queda circunscrita a los supuestos en los que aquella venga impuesta para los pactos capitulares por la ley de un Estado miembro en el que uno o ambos intervinientes tenga su residencia habitual en la fecha de celebración del acuerdo.

20. Más allá de la preferible claridad de una fórmula expresa de designación de la ley aplicable, la elección, a la manera del artículo 11 del Convenio de 14 de marzo de 1978 sobre la ley aplicable a los regímenes matrimoniales, también podrá llevarse a cabo de manera implícita, por ejemplo, mediante la referencia a determinadas instituciones o disposiciones específicas de la ley del Estado donde los intervinientes hubiesen su residencia habitual o su nacionalidad, o conforme a la cual se hubiese creado la unión registrada. El texto del artículo de referencia del Convenio de 14 de marzo de 1978 sobre la ley aplicable a los regímenes matrimoniales establece que la designación de la ley aplicable deberá ser objeto de una estipulación expresa o resultar indubitadamente de las disposiciones de un contrato matrimonial. El mismo requisito de claridad, de ausencia de toda duda, habría de concurrir en la designación implícita de la ley aplicable en el ámbito de los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104. De no ser así, como ocurriría en un supuesto en que el acuerdo implícito de elección de ley resultara por causa de una referencia a una figura o institución jurídica, siendo esta común a varios de los ordenamientos susceptibles de designación, no habría base, ni elementos suficientes para considerar realizado el acuerdo de elección de ley, siendo entonces de aplicación los criterios objetivos de determinación de la misma.

21. En la regulación de la validez formal de las capitulaciones matrimoniales y de las uniones registradas, los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104, en los artículos 25, ordenan la observancia de los requisitos formales establecidos por la ley aplicable al régimen económico matrimonial o a los efectos patrimoniales de la unión registrada de forma cumulativa con los mismos requisitos que en los artículos 23 se disponen para la validez formal de los acuerdos de elección de ley. En este caso, más allá del mínimo de formalidad que supone la constancia del acuerdo por escrito, fechado y firmado por los miembros de la pareja, únicamente resultaban exigibles los requisitos adicionales impuestos por leyes de los Estados miembros. En cambio, al referirse los artículos 25 a la ley aplicable al régimen económico matrimonial o a los efectos patrimoniales de la unión registrada, esta puede ser tanto la ley de un Estado miembro como la ley de un tercer Estado. Desde la perspectiva puramente formal, los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104 contemplan así de manera separada y con regímenes distintos los acuerdos de elección de ley y las capitulaciones, por más que en muchas ocasiones el ejercicio de la autonomía de la voluntad conflictual y de la autonomía de la voluntad material se viertan conjuntamente en el mismo soporte documental, debiendo prevalecer entonces la regulación más exigente que establecen los artículos 25.

3. La validez material de los acuerdos de elección de ley

22. La existencia y la validez material de los acuerdos de elección de ley o de sus disposiciones, según los artículos 24 de los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104, se regirán por la misma ley elegida. No altera en nada el sentido de esta norma el hecho de que el ordenamiento designado no reconozca la posibilidad de elegir la ley aplicable a los efectos patrimoniales del matrimonio y de las uniones registradas.

23. La finalidad de esta norma, como también de las que se ocupan de los requisitos formales, es que la elección informada de los cónyuges o de los miembros de una unión registrada resulte más fácil y se respete su consentimiento a fin de garantizar la seguridad jurídica, así como un mejor acceso a la justicia. Además, ante la necesidad de asegurar la imputación a sus autores de los consentimientos generadores del acuerdo de elección de ley, los artículos 24 establecen que un cónyuge o un miembro de una unión registrada, para establecer que no ha dado su consentimiento, podrá invocar la ley del país donde tenga su residencia habitual en el momento de sustanciar el asunto ante el órgano jurisdiccional si de las circunstancias resulta que no sería razonable determinar el efecto de su conducta de conformidad con la ley elegida.

IV. La ley aplicable en defecto de elección

24. A falta de un acuerdo válido de elección, según el artículo 26 del Reglamento (UE) 2016/1103, la ley aplicable al régimen económico matrimonial será la ley del Estado de la primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio. En su defecto, se aplicará la ley del Estado de la nacionalidad común de los cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio. Si ninguno de estos dos criterios fuera de aplicación, o en el caso de que los cónyuges tengan más de una nacionalidad común en el momento de la celebración del matrimonio, la ley aplicable al régimen económico matrimonial será la ley del Estado con la que ambos cónyuges tengan la conexión más estrecha en el momento de la celebración del matrimonio, teniendo en cuenta todas las circunstancias.

25. Persigue esta regulación, según el considerando 49 del Reglamento (UE) 2016/1103, conciliar la previsibilidad y la seguridad jurídica atendiendo a la vida real de la pareja, tanto para los cónyuges como para los terceros. El mismo considerando resalta la idea que preside la ordenación de los criterios en el artículo 26 al afirmar que se trata de «una escala de puntos de conexión», de tal modo que si el criterio anterior permite la determinación de la ley aplicable ya no será necesario acudir al criterio siguiente. En los tres puntos de conexión, el artículo 26 utiliza el mismo criterio de referencia temporal: el momento de la celebración del matrimonio, reforzando así, mediante la evitación del conflicto móvil, la previsibilidad y la seguridad jurídica que persigue el Reglamento en esta materia.

26. En esa ordenación jerárquica, la primera conexión objetiva es la primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio; la primera residencia común habitual de los cónyuges inmediatamente después del matrimonio, en palabras del considerando 49. A falta de una definición autónoma de residencia habitual y de referencias orientativas a ella en los considerandos el Reglamento (UE) 2016/1103, como las formuladas en el Reglamento (UE) n° 650/2012, el centro de interés de los cónyuges y su vida social se perfila también aquí como el criterio orientador más apropiado en orden a su determinación.

27. Dos son las notas que cualifican a la residencia habitual como primer punto de conexión en el artículo 26 del Reglamento (UE) 2016/1103. En primer lugar, en tanto que común, la residencia habitual de los cónyuges ha de situarse en el territorio de un mismo Estado. En segundo lugar, entre las posibles residencias habituales comunes que los cónyuges pudieran llegar a tener, a estos efectos del artículo 26, únicamente interesa la primera de ellas que, en el considerando 49, se refiere como aquella inmediatamente después del matrimonio. Esta exigencia responde a la necesidad de que la ley aplicable al régimen económico matrimonial quede determinada desde su mismo origen. De esta manera, la ausencia de esa nota inmediatez a la celebración del matrimonio en la primera residencia habitual común de los cónyuges determinaría la inoperancia de este primer punto de conexión del artículo 26 y la necesidad de acudir al criterio siguiente de determinación de la ley aplicable.

28. En la consideración de que por causa de un conflicto móvil esta primera conexión pudiera suponer la aplicación de un ordenamiento que no guardara una vinculación suficiente con el régimen económico matrimonial, por disposición del artículo 26, apartado 3, a modo de excepción y a instancia de cualquiera de los cónyuges, la autoridad judicial que tenga competencia para resolver sobre el régimen económico matrimonial podrá decidir que la ley de un Estado distinto del Estado de la primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio regirá el régimen económico matrimonial si el demandante demuestra que los cónyuges tuvieron su última residencia habitual común en ese otro Estado durante un período de tiempo considerablemente más largo que en el Estado de la primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio y que ambos cónyuges se basaron en la ley de ese otro Estado para organizar o planificar sus relaciones patrimoniales.

29. Los cónyuges son los únicos legitimados para instar la aplicación de la regla de excepción prevista en el artículo 26, apartado 3, cuyo efecto se limita a sustituir como ley aplicable al régimen eco-

nómico matrimonial la ley de la primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio por la ley de su última residencia habitual común, siempre que para ello concurren las condiciones en él establecidas, cuyo cumplimiento corresponde acreditar al cónyuge que así lo solicite. Por tanto, la regla de excepción no da cobertura a los supuestos en los que los cónyuges, aunque hubieran basado la organización o planificación de sus relaciones patrimoniales en la ley de un Estado donde hubiesen tenido por más tiempo su residencia habitual común, hubieran tenido su última residencia habitual común en un Estado distinto.

30. En la práctica, las dos situaciones pueden ejemplificarse de la manera siguiente: en el primer supuesto, un matrimonio establece en Italia su primera residencia habitual común inmediatamente después de la celebración del matrimonio, siendo, por tanto, la ley italiana, por aplicación del primer punto de conexión del artículo 26, la ley aplicable a su régimen económico matrimonial; después de dos años de permanencia en el país trasalpino, los cónyuges trasladan su residencia habitual común a Francia, donde esta se extiende por más de quince años, organizando sus relaciones patrimoniales conforme a la ley francesa y, en estas circunstancias, uno de los cónyuges insta la aplicación de la de la regla de excepción del artículo 26, apartado 3, la cual habría de prosperar; en el segundo supuesto, en idénticas condiciones, los mismos cónyuges, después de los quince años de residencia habitual común en Francia y de haber organizado sus relaciones patrimoniales conforme a la ley francesa, trasladan a Bélgica su residencia habitual común donde, transcurridos tres años, uno de los cónyuges intenta la misma pretensión, la cual no cumpliría ya con los requisitos que reclama el precepto reglamentario para la sustitución de la ley aplicable.

31. Según el mismo artículo 26, apartado 3, la ley de ese otro Estado se aplicará desde la celebración del matrimonio, a menos que uno de los cónyuges no esté de acuerdo, en cuyo caso solo surtirá efecto a partir del establecimiento de la última residencia habitual común en dicho Estado. Mas, en ningún caso, la aplicación de la ley de ese otro Estado afectará negativamente a los derechos de terceros derivados de la ley del Estado de la primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio.

32. Esta regla de excepción, tal y como en ella se dispone, no se aplicará cuando los cónyuges hayan celebrado capitulaciones matrimoniales con anterioridad al establecimiento de su última residencia habitual común en ese otro Estado. Y es que habiendo llegado aquellos a un acuerdo en virtud del cual se hubiera fijado la organización de su régimen económico matrimonial, en función de la ley entonces aplicable, carecería de buena parte de su sentido que este pudiera alterarse por la aplicación de la regla de excepción.

33. A falta de una primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio, la ley aplicable al régimen económico matrimonial será la ley del Estado de la nacionalidad común de los cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio.

34. Este criterio no será de aplicación si los cónyuges tienen en ese momento más de una nacionalidad común. En este punto, el Reglamento (UE) 2016/1103 excluye cualquier posibilidad de relevancia entre ellas, incluso aunque esta pudiera ser procedente con arreglo a los mismos derechos nacionales implicados. La razón de esta exclusión, que coincide con la establecida en el artículo 15 del Convenio de 14 de marzo de 1978 sobre la ley aplicable a los regímenes matrimoniales, habría que buscarla en la evitación de situaciones de discriminación como las que derivarían de dar preferencia a una de las nacionalidades frente a la otra, al margen de un acuerdo de elección de ley.

35. De la misma manera que un conflicto móvil puede determinar que la ley establecida con arreglo a la primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio no llegue a guardar una vinculación suficiente con el régimen económico matrimonial, una situación equivalente se pueda plantear con este segundo punto de conexión en la escala que establece el artículo 26 del Reglamento (UE) 2016/1103. Piénsese en el supuesto en el que, no habiendo una primera residencia

habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio, la ley aplicable al régimen económico matrimonial se determinara de acuerdo con la nacionalidad común de los cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio y que, con posterioridad, estos adquirieran una nueva nacionalidad común, con arreglo a cuya ley organizaran o planificaran sus relaciones patrimoniales. En esta situación de manifiesta desconexión entre la ley aplicable y la realidad sobrevenida, sin embargo, no es de aplicación la regla de excepción del artículo 26, apartado 3, que limita su alcance exclusivamente a la primera conexión objetiva de la primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio.

36. Finalmente, en defecto de un acuerdo de elección de ley, a falta de una primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio y en ausencia de una nacionalidad común de los cónyuges o si estos tuvieran más de una nacionalidad común en el momento de la celebración del matrimonio, como cláusula de cierre, el artículo 26 del Reglamento (UE) 2016/1103 establece que la ley aplicable al régimen económico matrimonial será la ley del Estado con el que ambos cónyuges tengan la conexión más estrecha en el momento de la celebración del matrimonio, teniendo en cuenta todas las circunstancias. Entre estas, tendrán una especial consideración, entre otras, aquellas de carácter personal, familiar, profesional, cultural, religioso, de situación de los bienes ...

37. En la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico matrimoniales, COM(2011) 126 final, presentada por la Comisión el 16 de marzo de 2011, la redacción articulada de este punto de conexión era la siguiente: *la ley del Estado con el que los cónyuges tengan conjuntamente vínculos más estrechos, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, en particular, el lugar de celebración del matrimonio.*

38. Sin perjuicio de la supresión de esta última referencia en la redacción final del artículo 26 del Reglamento (UE) 2016/1103, el lugar de celebración del matrimonio habrá de considerarse como una más de las circunstancias que lleven a determinar la vinculación más estrecha de los cónyuges con el Estado cuya ley haya de regir el régimen económico matrimonial. Con el mismo propósito, se podrán valorar incluso otros puntos de conexión que, por no reunir las condiciones del artículo 26, no determinan la ley aplicable con carácter preferente pero que pueden ser indicadores de una conexión estrecha con un Estado, tales como la residencia habitual de cada uno de los cónyuges, sus respectivas nacionalidades, incluso que ambos tengan más de una nacionalidad común.

39. Tampoco a esta conexión es aplicable la regla de excepción del artículo 26, apartado 3, aunque un conflicto móvil pueda determinar la inadecuación de la ley por su virtud establecida al régimen económico matrimonial.

40. A diferencia de la «escala de puntos de conexión» que establece el Reglamento (UE) 2016/1103, para determinar, en defecto de elección por las partes, la ley aplicable al régimen económico matrimonial, el artículo 26 del Reglamento (UE) 2016/1104 dispone una única conexión objetiva, al establecer que, en defecto de un acuerdo válido de elección por los miembros o futuros miembros de una unión registrada, la ley aplicable a los efectos patrimoniales de la misma será la ley del Estado conforme a cuya ley aquella se hubiera creado. En palabras del considerando 48, la ley del Estado en virtud de la cual se haya realizado el registro obligatorio de la unión para su constitución.

41. De forma paralela a la definición autónoma que delimita desde un punto vista material el ámbito de aplicación de este Reglamento, se vuelve a destacar así el carácter obligatorio y constitutivo de la inscripción de la unión registrada. Desde esta misma perspectiva, dicha ley atribuirá, en el ámbito del derecho civil, efectos patrimoniales a la institución de la unión registrada.

42. La ley del Estado conforme a cuya ley se haya creado la unión registrada figura también, en el artículo 22 del Reglamento, entre las leyes susceptibles de ser elegidas por el acuerdo de los

miembros o futuros miembros de la unión registrada para la regulación de los efectos patrimoniales de las misma.

43. En la consideración de que por causa de un conflicto móvil esta conexión pudiera suponer la aplicación de un ordenamiento que no guardara una vinculación suficiente con los efectos patrimoniales de la unión registrada, por disposición del artículo 26, apartado 2, a modo de excepción y a instancia de cualquiera de los miembros de la unión registrada, la autoridad judicial que tenga competencia para resolver en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas podrá decidir que la ley de un Estado distinto del Estado conforme a cuya ley se hubiera creado la unión registrada regirá los efectos patrimoniales de la misma en el caso de que la ley de dicho Estado distinto atribuya efectos patrimoniales a la institución de la unión registrada y si el demandante demuestra que los miembros de la unión registrada mantuvieron su última residencia habitual común en dicho Estado durante un período de tiempo significativamente largo y que ambos miembros de la unión registrada se basaron en la ley de dicho Estado distinto para organizar o planificar sus relaciones patrimoniales.

44. Los miembros de la unión registrada son los únicos legitimados para instar la aplicación de la regla de excepción prevista en el artículo 26, apartado 2, cuyo efecto se limita a sustituir como ley aplicable a los efectos patrimoniales de la unión registrada la ley del Estado conforme a cuya ley aquella se hubiera creado por la ley de su última residencia habitual común, siempre que para ello concurren las condiciones en él establecidas, cuyo cumplimiento corresponde acreditar al miembro de la unión registrada que así lo solicite.

45. La ley de ese otro Estado se aplicará desde la creación de la unión registrada, a menos que uno de sus miembros no esté de acuerdo, en cuyo caso solo surtirá efecto a partir del establecimiento de la última residencia habitual común en dicho Estado. En ningún caso, la aplicación de la ley de ese otro Estado afectará negativamente a los derechos de terceros derivados de la ley del Estado conforme a cuya ley se haya creado la unión registrada.

46. Esta regla de excepción no se aplicará cuando los miembros de la unión registrada hayan celebrado capitulaciones con anterioridad al establecimiento de su última residencia habitual común en dicho Estado.

47. Más allá de que pueda aquí reiterarse, *mutatis mutandis*, lo que más arriba quedó dicho al tratar del artículo 26, apartado 3, del Reglamento (UE) 2016/1103, dada la evidente concordancia de ambos preceptos, dos peculiaridades destacan en esta regulación. De una parte, el legislador en el artículo 26, apartado 2, del Reglamento (UE) 2016/1104 reitera la necesidad de que la ley del Estado que resultara aplicable por el juego de la regla de excepción atribuya efectos patrimoniales a la institución de la unión registrada y ello por más que uno de los requisitos que el mismo precepto exige para excepcionar la aplicación de la ley del Estado conforme a cuya ley se hubiera creado la unión registrada es que los miembros de la misma se hubieran basado en la ley del distinto Estado para organizar y planificar sus relaciones patrimoniales, por tanto, pareciera ya implícito que esta ley debiera tener atribuidos efectos patrimoniales a la institución de la unión registrada. Mas si así no fuera, decaería la aplicación de la regla de excepción, manteniéndose la aplicación de la ley del Estado conforme a cuya ley se hubiera creado la unión registrada. De otra parte, se requiere una duración «significativamente larga» de la última residencia habitual común en el territorio del Estado cuya ley hubiere de regir los efectos patrimoniales de la unión registrada, sin que esta haya de ponerse en relación con ninguna otra residencia habitual común, ni siquiera con la que pudiera haberse tenido en el Estado conforme a cuya ley se hubiera creado la unión registrada.

V. El cambio de la ley aplicable

48. Frente al tradicional principio de la inmutabilidad de la ley aplicable que venía rigiendo en una buena parte de los ordenamientos de los Estados miembros, entre ellos en el ordenamiento es-

pañol, pero también frente a la regla de la automaticidad del cambio de la ley aplicable como la que venía siendo de aplicación en algunos de los Estados miembros y como la que establece el Convenio de 14 de marzo de 1978 sobre la ley aplicable a los regímenes matrimoniales, en los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104 ningún cambio de la ley aplicable al régimen económico matrimonial o a los efectos patrimoniales de una unión registrada puede operarse sin la manifestación expresa de la voluntad de las partes, con la finalidad, según se sostiene en los considerandos, de garantizar la seguridad jurídica de las transacciones y prevenir cualquier modificación de la ley aplicable sin notificación a las mismas.

49. Siendo así, según los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104, en cualquier momento, los cónyuges o futuros cónyuges y los miembros o futuros miembros de una unión registrada podrán cambiar de común acuerdo la ley aplicable a su régimen económico matrimonial y a los efectos patrimoniales de su unión registrada. Todo ello en el marco de las leyes elegibles y con arreglo a los requisitos formales y de validez material de los acuerdos de elección que han quedado expuestos anteriormente.

50. El cambio de la ley aplicable puede resultar también de un acuerdo que se limite a dejar sin efecto una determinada elección de la ley aplicable al régimen económico matrimonial o a los efectos patrimoniales de una unión registrada, de manera tal que recobre su vigencia una elección anterior o que se aplique la ley que corresponda, en defecto de su elección por las partes, por aplicación de los criterios objetivos establecidos en los Reglamentos.

51. Según los artículos 22, apartado 2, de los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104, todo cambio de la ley aplicable al régimen económico matrimonial efectuado durante el matrimonio o de la ley aplicable a los efectos patrimoniales de una unión registrada efectuado durante la vigencia de la unión solo surtirá efectos en el futuro.

52. Con el cambio de la ley aplicable, se producirá una suerte de sucesión temporal de las leyes aplicables al régimen económico matrimonial y a los efectos patrimoniales de una unión registrada.

53. Dadas las particularidades de cada ordenamiento, incluso dentro de las mismas familias jurídicas, el cambio de la ley aplicable, con seguridad, va a causar un cierto impacto en el régimen económico matrimonial o en los efectos patrimoniales de una unión registrada. A la menor o mayor amplitud de ese impacto podrá contribuir también el uso que las partes pudieren hacer de la autonomía de la voluntad material en el marco de cada uno de los ordenamientos. Considérese a estos efectos que el cambio de ley aplicable determinare el paso de un ordenamiento que disponga como supletorio un régimen de comunidad a otro que establezca un régimen de separación de bienes. Si las partes pudieran anticiparse al cambio de ley aplicable mediante el pacto, al amparo de la ley anterior, de un régimen de separación con la liquidación del régimen de comunidad, o si ya en el nuevo ordenamiento pudieran también optar por un régimen de comunidad contribuirían, con toda seguridad, a minimizar las repercusiones del cambio de ley aplicable. Bien al contrario, aunque ambas leyes contemplaren un mismo régimen de comunidad o de separación de bienes con carácter supletorio, si las partes optan por anudar al cambio de ley aplicable un nuevo modelo en la ordenación de sus relaciones patrimoniales, los efectos del cambio de ley tenderán normalmente a ampliarse.

54. La regla de la eficacia *ex nunc* del cambio de ley aplicable se puede, sin embargo, excepcionar por el acuerdo de los intervinientes en favor de su retroactividad, según resulta de los artículos 22, apartado 2, por más que esta nunca podrá afectar negativamente a los derechos de terceros derivados de la ley aplicable con anterioridad, según disponen los artículos 22, apartado 3. Por el acuerdo de las partes, por tanto, se puede evitar la referida sucesión temporal de las leyes aplicables extendiendo la retroactividad del cambio *ab origine*.

55. La atribución de un efecto retroactivo al cambio de ley aplicable al régimen económico matrimonial o a los efectos patrimoniales de una unión registrada, sobre todo cuando sea relativamente

amplio el espacio temporal que haya de salvarse por el efecto de la retroactividad, puede sobrevenir habiendo habido reformas o modificaciones entre tanto en el nuevo ordenamiento elegido. Surgirá entonces la cuestión de si la nueva ley elegida retrotraerá sus efectos según la versión vigente en el momento de la celebración del acuerdo o si habrá que tener en cuenta aquella que estuviera en vigor en el momento al que se retrotrae el cambio de ley aplicable.

56. Piénsese que, en ocasiones, las reformas legislativas en estas materias tienen un profundo calado, como en el caso de los Países Bajos, como más adelante se verá, a raíz de la Ley de 24 de abril de 2017 que modifica el Libro 1 del Código Civil para limitar el ámbito de la comunidad jurídica de bienes, de Francia por causa de la Ley n° 65-570 de 13 de julio de 1965 de reforma de los regímenes matrimoniales, que fijó como régimen legal supletorio, en sustitución de otro anterior, el de la comunidad reducida a las adquisiciones y se apoyó en el principio de libertad para los acuerdos matrimoniales o en el caso de España por motivo de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio que, entre otras medidas, reconoció a los cónyuges la libertad para la configuración de su régimen económico matrimonial, sancionando con la nulidad cualquier estipulación limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada uno de ellos, eliminó el régimen de la dote y de los bienes parafernales, instauró un sistema de codirección en la gestión y en la disposición de los bienes de la sociedad de gananciales e introdujo la regulación del régimen de separación de bienes y del régimen de participación.

57. Al tratar de la retroactividad de las leyes, en sentido estricto, se tiende a distinguir entre una retroactividad de grado máximo, en la que la nueva norma extiende sus efectos a situaciones de hecho producidas y consumadas con anterioridad a su entrada en vigor, una retroactividad de grado medio, por virtud de la cual la nueva ley incide sobre efectos jurídicos ya producidos y todavía no agotados de las situaciones anteriores que perviven tras el cambio legislativo, y una retroactividad de grado mínimo, en la que la nueva ley se aplica a las situaciones anteriores, pero únicamente en cuanto a los efectos que sobrevengan a su entrada en vigor. En cualquiera de estos supuestos es la propia ley la que dispone el alcance de su propia retroactividad, esto es, de los efectos hacia atrás del nuevo contenido normativo. Es la voluntad del legislador la que determina, con carácter general y uniforme, el impacto de la nueva regulación hacia el pasado.

58. De esta cuestión no tratan los artículos 22 de los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104, sino de que los cónyuges o miembros de la unión registrada, al operar el cambio de la ley aplicable al régimen económico matrimonial o a los efectos patrimoniales de una unión registrada, puedan retrotraer en el tiempo el efecto de ese cambio, de manera que, en lo posible, una sola ley sea la única aplicable.

59. Considérese el supuesto de dos nacionales españoles de vecindad civil catalana, ambos con residencia habitual en Cataluña, donde contraen matrimonio en el año 2010; en ausencia de pactos capitulares, su régimen económico matrimonial es el de separación de bienes que, con carácter supletorio, ordena el derecho civil de Cataluña; en el año 2022, ambos cónyuges trasladan su residencia habitual a los Países Bajos, donde, convencidos de las bondades del régimen de comunidad que, como supletorio, establece el Código Civil neerlandés, deciden, un tiempo después, cambiar la ley aplicable a su régimen económico matrimonial y además dotar a ese cambio de efecto retroactivo a la fecha misma de la celebración de su matrimonio.

60. Se trata de un supuesto, con repercusiones transfronterizas sobrevenidas, por causa del cambio de la residencia habitual de los cónyuges, sometido al Reglamento (UE) 2016/1103, por aplicación de la regla transitoria del artículo 69, apartado 3. Por tanto, la ley neerlandesa va a comenzar a regir este régimen económico matrimonial desde su comienzo, en el año 2010. Sucede que, en ese instante, el régimen legal supletorio en los Países Bajos es el de la comunidad universal de bienes, por virtud del cual, con ciertas excepciones, se hacen comunes todos los bienes y deudas de los cónyuges, cualquiera que sea la fecha y el título por el que se hubieran adquirido o contraído. Mientras que, al tiempo del

acuerdo del cambio de la ley aplicable, el régimen legal supletorio en los Países Bajos es un régimen de comunidad de bienes limitada, en términos generales, a los bienes adquiridos a título oneroso constante matrimonio y a las deudas asociadas, vigente desde el 1 de enero de 2018, para los matrimonios contraídos desde tal fecha. Para esta reforma, ordenada por la Ley de 24 de abril de 2017 que modifica el Libro 1 del Código Civil de los Países Bajos para limitar el ámbito de la comunidad jurídica de bienes, no se dispuso efecto retroactivo alguno. Quiere ello decir que, por la propia lógica de la eficacia de las normas jurídicas en el tiempo, resultando aplicable el derecho neerlandés, los matrimonios celebrados antes del 1 de enero de 2018, en defecto de pacto, se encuentran sujetos al régimen económico matrimonial de comunidad universal de bienes.

61. En esa misma línea de pensamiento cuando, en un supuesto como el aquí contemplado, los cónyuges acuerdan un cambio retroactivo de la ley aplicable al régimen económico matrimonial, esta registrará de conformidad con el contenido vigente en ese momento, por más que este pudiera ser otro al tiempo de la adopción del acuerdo. De no ser así, sería la voluntad de los cónyuges y no la decisión del legislador la que determinaría la retroactividad de la ley aplicable al régimen económico matrimonial, creando situaciones extrañas para el ordenamiento vigente, contrarias a las ideas de previsibilidad y de seguridad jurídica que se persiguen en toda esta materia.

62. Tratándose de las uniones registradas, siguiendo la línea de principio que tiene marcado el legislador en el Reglamento (UE) 2016/1104, en la valoración de un posible cambio retroactivo de la ley aplicable será necesario tener en cuenta que la versión vigente al tiempo al que se retrotraiga el cambio la ley tenga también atribuidos efectos patrimoniales a la institución de la unión registrada, evitando así que, como señala el considerando 44, el cambio de ley carezca de efecto alguno, dejando a los miembros de la unión registrada en un vacío legal.

63. También es preciso considerar que las leyes elegibles lo son en tanto que en los cónyuges o en los miembros de una unión registrada concurre alguna de las circunstancias que los artículos 22 establecen y que refieren, con carácter general, a un momento concreto y determinado: el momento de la celebración del acuerdo de elección de la ley aplicable. Siendo así posible que la elección de la nueva ley aplicable al régimen económico matrimonial y a los efectos patrimoniales de una unión registrada pueda recaer en una ley distinta de aquellas que hubieran sido elegibles en el momento al que se retrotraigan los efectos del cambio de ley. Es una pura consecuencia de un conflicto móvil que bien ejemplifica el supuesto siguiente: un matrimonio de dos nacionales franceses que tienen su residencia habitual en Bélgica en el momento de celebración de un primer acuerdo de elección de ley eligen como ley aplicable al régimen económico matrimonial la ley del Estado de su nacionalidad; con el tiempo ambos, trasladan su residencia habitual a Italia, donde acuerdan cambiar la ley aplicable al régimen económico matrimonial optando por la ley del país transalpino con efecto retroactivo al momento de la celebración del matrimonio; la nueva ley elegida no figuraba entre aquellas susceptibles de serlo en el momento al que se retrotraen los efectos del cambio de ley.

64. En todo caso, cualquiera que sea el alcance de los efectos retroactivos del cambio de ley, la protección de los derechos de los terceros derivados de la ley aplicable con anterioridad va a determinar, al menos en lo que a estos se refiere, la subsistencia en el tiempo de este régimen legal.

65. Seguramente, para los cónyuges y para los miembros de una unión registrada las consecuencias que puedan derivarse del cambio de ley aplicable al régimen económico matrimonial y a los efectos patrimoniales de una unión registrada, con efecto retroactivo al comienzo mismo del matrimonio y de la unión registrada, alcanzarán sus mayores cotas cuando tal cambio suponga la sustitución de un régimen de comunidad de bienes por un régimen de separación o viceversa. Piénsese en el matrimonio de dos españoles, de vecindad civil catalana, que habiendo su primera residencia habitual común tras la celebración del matrimonio en Francia, al no haber realizado elección de ley aplicable, tuvieran su régimen económico matrimonial sujeto al derecho francés que establece como régimen legal supletorio

un régimen de comunidad reducida a las adquisiciones y que, después de unos años de vida en común, llegaren a considerar que se habría ajustado mucho mejor a la situación patrimonial de su matrimonio un régimen de separación de bienes y precisamente el que establece como supletorio el derecho civil de Cataluña. Los artículos 22, apartado 1, letra b), y 33, apartado 1, del Reglamento (UE) 2016/1103, fundamentan que los cónyuges, españoles y de vecindad civil catalana en el momento de celebración del acuerdo, puedan elegir la ley catalana como ley rectora del régimen económico matrimonial. Y el artículo 22, apartado 2, posibilita que los efectos del cambio de ley aplicable se retrotraigan a la fecha de la celebración del matrimonio.

66. A partir de aquí habría que reajustar, a la fecha de la celebración del matrimonio, las distintas realidades que se generaron al amparo de la ley francesa y del régimen legal de comunidad reducida a las adquisiciones a lo que dispone la ley catalana y al régimen de separación de bienes que esta contempla.

67. El régimen legal francés, en tanto que régimen de comunidad, considera tres masas patrimoniales, de manera que cada uno de los cónyuges es titular de los bienes que forman respectivamente su patrimonio personal y, de forma paralela, se forma una masa de bienes comunes. La comunidad se compone activamente de las ganancias obtenidas por los cónyuges, conjunta o separadamente, durante el matrimonio, y que provengan tanto de su industria personal como de los frutos y rentas de sus bienes privativos. El régimen de separación de bienes que rige en Cataluña, en cambio, se inspira en la independencia patrimonial de los cónyuges, traducida en la ausencia de un patrimonio común separado de los patrimonios de cada uno de los esposos. Por tanto, una de las primeras cuestiones que se van a plantear con el cambio de ley aplicable al régimen económico matrimonial con efecto retroactivo, en los términos que se están contemplando, es proceder a la clasificación de los bienes que, a partir de la celebración del matrimonio, hubieran ingresado, ya directamente ya por subrogación real, en los patrimonios de los cónyuges y en el patrimonio común de acuerdo con el régimen del Código Civil francés, en los patrimonios de los cónyuges que contempla únicamente el derecho civil de Cataluña. Los desplazamientos patrimoniales que tengan lugar por motivo de esta nueva clasificación de los bienes de los cónyuges encontrarán su fundamento en la llamada *causa matrimonii*, entendida en un amplio sentido y cuyas peculiares características se derivan de la especial relación personal que existe entre los cónyuges. En cualquier caso, estos desplazamientos patrimoniales deberán ajustarse a las normas entonces vigentes, con especial consideración de aquellas cuya observancia sea esencial para salvaguardar los intereses públicos del Estado miembro en cuestión, tales como su organización política, social o económica.

68. Otra de las materias que se verá afectada por el efecto retroactivo del cambio de ley aplicable al régimen económico matrimonial es la que atiende a la responsabilidad de uno de los cónyuges por las obligaciones y deudas del otro. Según el *Code Civil*, del pago de las deudas contraídas por cada uno de los cónyuges, por cualquier causa que sea, constante la comunidad, responderán los bienes comunes, a menos que hubiera existido fraude del cónyuge deudor y mala fe del acreedor, sin perjuicio del reembolso debido a la comunidad, si hubiere lugar. En cambio, en un régimen de separación de bienes, como el del derecho civil de Cataluña, cada cónyuge responde con su patrimonio de las obligaciones que contrae, por más que de las obligaciones contraídas para atender a las necesidades y los gastos familiares ordinarios de acuerdo con los usos y nivel de vida de la familia, ante terceras personas, ambos cónyuges respondan solidariamente. Siendo así que, con el cambio de ley aplicable al régimen económico matrimonial con efecto retroactivo, deberán reasignarse, de acuerdo con el nuevo régimen, entre los cónyuges las responsabilidades derivadas de las obligaciones que fueron contraídas a partir de la celebración del matrimonio, sin perjuicio de las compensaciones o reembolsos que, en su caso, fueren procedentes.

69. Finalmente, otra de las cuestiones que el cambio con efecto retroactivo de la ley aplicable al régimen económico matrimonial obligará a considerar es la que atañe a las facultades, derechos y obligaciones de los cónyuges o de cualquiera de ellos con respecto a cada patrimonio. En el régimen de comunidad reducida a las adquisiciones del Código Civil francés, con carácter general, cada uno de los cónyuges tiene la facultad de administrar, por sí solo, los bienes comunes y de disponer de ellos, sin

perjuicio de que deba responder de la negligencia en que hubiera incurrido en su gestión. En el régimen de separación de bienes que rige en Cataluña, por su parte, cada cónyuge tiene, además de la propiedad y el goce, la administración y la libre disposición de todos sus bienes, con los límites establecidos por la ley. Corresponde, por tanto, una vez que se haya operado el cambio de la ley aplicable al régimen económico matrimonial con efecto retroactivo, en los términos que están siendo considerados, adecuar al nuevo ordenamiento los ámbitos de las facultades, derechos y obligaciones de los cónyuges o de cualquiera de ellos con respecto a cada patrimonio, completando o supliendo, en su caso, las prestaciones de consentimiento que resultaren necesarias.

70. El supuesto presentado, con trazos simples y sin ahondar en otras muchas de las cuestiones que también se pueden plantear, permite, a mi juicio, tomar conciencia de la complejidad que puede conllevar la retroactividad del cambio de la ley aplicable al régimen económico matrimonial y a los efectos patrimoniales de una unión registrada. El cambio retroactivo de ley aplicable requiere, a la luz de todo lo que ha quedado expuesto, del asesoramiento y del consejo que permitan una adecuada consideración de las ventajas y de los inconvenientes que se pueden derivar para las partes por causa de esta forma de ejercicio de la autonomía de la voluntad conflictual y, al tiempo, de una apropiada valoración acerca de si la finalidad o el objetivo que se persiguen con esta medida no pudieren alcanzarse, en el ámbito de la misma ley aplicable, mediante el ejercicio de la autonomía de la voluntad material.

71. Las partes podrían también optar por mantener la sucesión temporal de las leyes aplicables, aunque con un alcance temporal distinto, fijando la retroactividad de sus efectos a una fecha más cercana en el tiempo, debiendo ser esta, entonces, la fecha a partir a la cual atender para proceder, en su caso y entre otras cuestiones, a la clasificación de los bienes de uno o ambos cónyuges o miembros de una unión registrada en diferentes categorías, a la fijación de la responsabilidad de cada uno de los cónyuges o miembros de una unión registrada por las obligaciones y deudas del otro y hasta de las facultades, derechos y obligaciones del cualquiera de los cónyuges o miembros de una unión registrada o de ambos con respecto al patrimonio.

Competencia para la modificación del régimen de visitas y estancias. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (sala Novena) de 27 abril 2023, asunto C 372/22*

Jurisdiction for the modification of a decision on access rights. Purpose to the CJEU (Ninth Chamber) Judgement of 27 April 2023, Case C 372/22

LUIS F. CARRILLO POZO
Profesor de derecho internacional privado
Universidad de Almería
ORCID ID: 0000-0002-5507-167X

Recibido: 00.00.2010 / Aceptado: 00.00.2010

DOI: 10.20318/cdt.2024.8444

Resumen: El art. 8 del reglamento 2019/1111 (equivalente al art. 9 del 2201/2003) atribuye competencia para la modificación del régimen de visitas a un menor al mismo tribunal que se hubiera pronunciado sobre esta materia, cuando concurren las condiciones expresamente previstas en él. Subyacen en esas normas razones de eficacia, fundamentalmente. Pero existen situaciones en las que falta la proximidad mínima suficiente que justifique el mantenimiento de la competencia; en ese sentido, la remisión del conocimiento del litigio a otro tribunal puede convertirse en un instrumento adecuado para salvaguardar los principios y objetivos del sistema.

Palabras clave: Competencia sobre responsabilidad parental. Derechos de visita. Transferencia de la competencia a un tribunal de otro Estado miembro.

Abstract: The art. 8 of regulation 2019/1111 (equivalent to art. 9 of 2201/2003) confers jurisdiction to modify the access rights regime to a minor to the same court that ruled on this matter, when the conditions expressly provided for therein are met. Underlying these standards are reasons of effectiveness, fundamentally. But there are situations in which there is a lack of sufficient minimum proximity to justify this continuing jurisdiction. In this context, the transfer of the dispute to another court can become an appropriate instrument to safeguard the essential principles and objectives of the system.

Keywords: Jurisdiction on parental responsibility. Rights of Access. Transfer of jurisdiction to a court of another Member State.

Sumario: I. El litigio y las cuestiones prejudiciales. II. La sentencia del TJUE. III. A vueltas con el art. 9 RBII bis (art. 8 RBII ter). 1. Lo que dice el Reglamento y lo que dice la LEC. 2. Y lo que no prevé. 3. Instrumentos de corrección y complemento del art. 8 RBII ter. IV. A modo de conclusión.

*El presente trabajo se inserta en el marco de las actividades del proyecto de investigación PID2021-124298OB-I00, Derecho global y crisis sanitarias: hacia una convención mundial contra las pandemias, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

ECLI: EU:C:2023:364.

1. El Reglamento 2001/2003 (RBII bis en lo sucesivo) sigue proyectando su sombra sobre el panorama judicial europeo. No es solo que el pausado funcionamiento de la administración de justicia de los Estados miembros garantice su largo recorrido (normas de Derecho transitorio del art. 100 del reglamento 2019/1111 mediante, RB II ter en lo sucesivo), sino fundamentalmente que la coincidencia de muchas de sus normas con las del vigente RB II ter permite utilizar para la comprensión del más moderno las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales que respecto a su predecesor se hagan¹. Es el caso de la sentencia que paso a comentar, tanto más interesante cuanto que se centra en un núcleo de problemas para el que no existe prácticamente ninguna resolución nacional (no porque la norma sea diáfana, sino por su escasa relevancia práctica y por haber nacido asfixiada por un desproporcionado cúmulo de requisitos)².

A lo largo de las páginas que siguen intentaré, pues, ordenar las condiciones de uso del art. 9 RBII bis/art. 8 RBII ter (en lo que sigue, bastará citar una norma, no el tándem), conectándolo con las disposiciones sobre modificación de medidas de la LEC.

I. El litigio y las cuestiones prejudiciales

2. Los hechos de los que trae causa la sentencia analizada son los siguientes: Familia con dos hijos menores de edad que ha vivido en Francia desde su nacimiento hasta 2015, fecha en la que se trasladan a Luxemburgo. En junio de 2020 el juez luxemburgués concede a la madre la custodia de los niños, fijando su domicilio legal y residencia habitual en Francia³, a partir del 31 de agosto de 2020 (se trataba de permitir la finalización del curso escolar) y reconociendo derechos de visita y estancia en favor del padre, también a partir de esa fecha. El 30 de agosto se produce el traslado. En octubre de ese mismo año la madre presenta en Francia una demanda de modificación del régimen de visitas y estancias paternas, y seis días más tarde el padre hace lo propio, sólo que ante el tribunal luxemburgués. En tal tesitura, este último suspende el procedimiento, a la espera de que el primeramente requerido se declarara competente o declinara su competencia. No es hasta casi un año después cuando el órgano francés se declara incompetente, argumentando que en las presentes circunstancias debía prevalecer la competencia del juez de Luxemburgo, según la previsión del art. 9 del reglamento 2201/2003, decisión que fue confirmada en apelación.

Descartada la litispendencia, pues, una vez tiene expedida la posibilidad de conocer del caso, el tribunal luxemburgués manifiesta sin embargo sus dudas, que se refieren tanto al cómputo del plazo de los tres meses previsto en el art. 9 RBII bis (¿desde la sentencia que fija el régimen de visitas, con fuerza de cosa juzgada, o desde el traslado?) como a la relación de esta norma con el art. 15, y la posibilidad de inhibición en favor de los órganos jurisdiccionales franceses (¿prevalece aquel hasta el punto de desplazar el juego del pseudo *forum non conveniens*?)⁴.

¹ No es baladí que el primer considerando del RB II ter comience recordando que el predecesor funcionaba bien y que se trata sólo de una mejora/refundición.

² Poniendo el foco en el plazo establecido, por ejemplo, F. J. FORCADA MIRANDA, *Comentarios prácticos al reglamento (UE) 2019/1111*, Madrid, 2020, p. 113.

³ No es superflua esta declaración: recuérdese que en los arts. 102 ss. del CC francés se distingue domicilio (concepto legal) y residencia (concepto fáctico).

⁴ Permítaseme reproducir las cuestiones literalmente:

«1) Se aplica el artículo 9, apartado 1, del Reglamento [n.º 2201/2003]:

a) a una demanda de modificación de un derecho de visita en el sentido del artículo 2, punto 10, de dicho Reglamento presentada por el titular de ese derecho de visita en virtud de una resolución judicial con efecto diferido motivado por el interés de los menores, pero firme y que ha adquirido fuerza de cosa juzgada, dictada en el Estado [miembro] de la anterior residencia habitual de los menores más de cuatro meses antes de la iniciación del procedimiento con arreglo al artículo 9, apartado 1, [del referido Reglamento],

b) y ello excluyendo la competencia de principio prevista en el artículo 8 [de ese mismo] Reglamento, aun cuando el considerando 12 [del Reglamento n.º 2201/2003] especifica que “las normas de competencia que establece el presente Reglamento en materia de responsabilidad parental están concebidas en función del interés superior del menor, y en particular en función del criterio de proximidad [y que esto] significa por lo tanto que son los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el cual el menor tiene su residencia habitual los que deben ser competentes en primer lugar, excepto en ciertos casos de cambio de residencia del menor [...]”?

II. La sentencia del TJUE

3. El Tribunal comienza como es habitual, o sea, subrayando el papel central del foro de la residencia habitual del menor, en tanto que serían sus tribunales los mejor situados para atender a su interés superior. Sólo cabría apartarse de esa máxima en presencia de una norma que expresamente disponga lo contrario, como es el caso del art. 9 RBII bis. A partir de aquí, se repasan los requisitos cumulativos a los que se subordina su entrada en juego, aseverando que «del claro tenor de dicho artículo 9, apartado 1, se desprende que el legislador de la Unión pretendió limitar la competencia de los órganos jurisdiccionales de la anterior residencia habitual del menor, sobre la base de dicho artículo, a los tres meses siguientes al traslado físico de ese menor de un Estado miembro a otro, con el fin de establecer en este último su nueva residencia habitual». Acontecimientos previos -como la resolución a modificar- no afectan a la competencia de ese tribunal, siendo indiferente que aquélla haya adquirido firmeza, porque es el cambio de circunstancias consistente en el traslado de la residencia habitual del menor a otro Estado miembro lo que justifica una norma como la controvertida. Por lo demás, si se tomaran en consideración la fecha de la firmeza el efecto útil del plazo de tres meses se desvanecería.

4. En segundo lugar, después de repasar los requisitos del art. 15 y tras recordar que la remisión del caso a otra jurisdicción debe subordinarse a la promoción del interés del menor, recuerda que hay supuestos (si no se presenta demanda ante los tribunales del segundo Estado miembro o si estos rechazan el conocimiento del litigio) en los que, a pesar de haber acordado la remisión, el órgano jurisdiccional debe seguir conociendo. De aquí se deduce (no hay sentencia del TJUE sin su salto lógico) que «el propio legislador de la Unión ha previsto que la facultad de remisión establecida en el artículo 15, apartado 1, de dicho Reglamento pueda ser ejercitada por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro cuya competencia se fundamente en el artículo 9 de ese mismo Reglamento» (apartado 38). Qué tiene que ver la premisa con la conclusión es un arcano; habría bastado con afirmar lo que se afirma en el párrafo 39: nada excluye el juego de la facultad de remisión en las hipótesis del art. 9.

Se recuerda además que la tantas veces aludida facultad de remisión funciona en favor de un tribunal no competente, y los órganos jurisdiccionales franceses no lo eran «para conocer de una demanda de modificación del derecho de visita y de su régimen en virtud de los artículos 10 a 14 de dicho Reglamento». Por último, se concluye subrayando que se debe verificar la existencia de vinculación especial del menor con el otro Estado miembro, que el tribunal designado esté mejor situado para conocer del asunto y que la remisión ha de responder al interés superior del menor. Para este viaje no hacían falta alforjas, si al final todo se reduce a recordar que se debe cumplir la ley.

III. A vueltas con el art. 9 RBII bis (art. 8 RBII ter)

5. Asegurar el ejercicio de los derechos⁵ de visita es la traducción del derecho de los niños a tener contacto con sus padres (art. 9 del Convenio de Naciones Unidas sobre derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989, art. 24 de la Carta de derechos fundamentales de la UE), y de ahí se deriva la obligación de legislar para que no se quede vacío de contenido por circunstancias imprevistas y sobreenvidas: téngase en cuenta que la frustración de las posibilidades de contacto es un incentivo a la sustracción de menores⁶. En esta línea se inserta el art. 9 RBII bis (insisto en que -salvo la modificación de algunas expresiones- pasa intacto al RBII ter), que tiene en cuenta las dificultades que se generan al

2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, ¿se opone la competencia existente con arreglo al artículo 9, apartado 1, del Reglamento [n.º 2201/2003], prevista “como excepción al artículo 8” de dicho Reglamento, a la aplicación del artículo 15 de este, previsto “excepcionalmente” y “cuando ello responda al interés superior del menor”?»

⁵ Se suele hablar en términos de *derecho* de visita, pero no olvidemos que en normas como el parágrafo 1684 del BGB viene configurada como una obligación.

⁶ En relación con el traslado del domicilio del padre custodio, C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La aplicación en España del Reglamento 2201/2003 en materia matrimonial y sobre la responsabilidad parental. Señales de alarma”, en *RJC*, 2011, pp. 731 ss.

progenitor no custodio como consecuencia del traslado de la residencia del menor⁷, recogiendo una disciplina inspirada en ideas de equidad, proximidad y eficacia: i) la decisión de trasladarse no puede hacer más costoso para el visitador el acceso a la justicia; ii) el foro de la residencia habitual del menor no se impone en todo caso. Por mucho que se parta de la base de que son sus tribunales los mejor situados para conocer de las vicisitudes que le afectan, esto vale sólo como una conclusión preliminar, susceptible de corrección cada vez que concurran circunstancias retenidas idóneas por el legislador, aptas para desplazarla. Ya sabemos que tal desplazamiento no es excepcional, porque el Reglamento 2201/2003 ofrece varios ejemplos en este sentido (arts. 9, 12 y 15; el 10 sobre sustracción de menores obedece a otra *ratio*)⁸; iii) la idea de eficacia aconsejaba (*prima facie*) que el tribunal que ya se ha pronunciado sobre responsabilidad parental pueda volver a hacerlo para modificar su decisión (el art. 775 LEC también lo hace), en la medida en que dispone ya del material probatorio sobre el que se apoyó en su momento, y (admitámoslo cautelarmente) no carece de cierta proximidad actual, es verdad que no siempre basada en vinculaciones fácticas, aunque sin duda permanecerán las jurídicas⁹.

El TJUE se hace eco del catálogo de condiciones previsto reglamentariamente¹⁰. Permítaseme una breve glosa de algunas cuestiones sugeridas por la sentencia que a mi juicio pueden resultar aún problemáticas¹¹.

1. Lo que dice el Reglamento y lo que dice la LEC

6. El sistema Bruselas II no ha sido nunca muy amigo de la libertad de elección de las partes. El objetivo es ubicar los procedimientos en una jurisdicción y no en otra¹². Digo esto porque en las situaciones de hecho contempladas en la norma comentada no se brinda a las partes una opción entre el tribunal del nuevo Estado y el del primitivo, como sería coherente con la filosofía de base -una vez se ha partido de la fuerza expansiva del foro de la residencia habitual- y acorde con el objetivo de proximidad (¿cuál más próximo que el de la residencia habitual legal y verdadera?)¹³. No valdría la eventual

⁷ El entramado normativo forma un todo coherente. No es esa la única norma dirigida a garantizar los derechos de visita y evitar los conflictos que a la larga puedan entorpecer su desenvolvimiento: con finalidad de perfilar detalles, y por exigencias de estricta proximidad, se encarga a las autoridades del Estado de ejecución (¿quién mejor situado?) la organización de los detalles del ejercicio del derecho de visita (art. 48 RBII bis/art. 54 RBII ter); el art. 81 RBII ter habilita un cauce especial de cooperación entre órganos judiciales para la puesta en funcionamiento de las resoluciones en materia de responsabilidad parental, «en particular para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de visita». Incluso en un entorno patológico como el de una sustracción el art. 21 del Convenio de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores se preocupa de facilitar el contacto con el niño secuestrado con el progenitor frustrado (*rectius*, por todos aquellos que tengan reconocido ese derecho: la norma no distingue); como medida provisional se prevé igualmente en el art. 27.2 RBII ter.

⁸ En la actualidad el reglamento vigente brinda una posibilidad más amplia de huida del foro de la residencia habitual, merced a las facultades de elección consagradas en el art. 10, cuyas condiciones de vinculación (otro tema es que los particulares tengan que ser sometidos a supervisión siempre y en todo caso en cuestiones como esta) vienen redactadas con suficiente generosidad como para superar con holgura el control judicial. En presencia de reglas tan vaporosas, sólo el tiempo dirá si la autonomía funciona y cómo lo hace.

⁹ Descarto el fin de prevención de fraudes, porque sería una hipótesis de laboratorio la de quien se traslada a otro país con el único y exclusivo fin de dotar de competencia a los tribunales de la nueva residencia y así obtener la revisión del caso, con resolución eventualmente más favorable.

¹⁰ Apartado 27. Permítaseme recordar cuáles son: cambio legal de residencia y adquisición de una nueva, que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la anterior residencia habitual de ese menor hubieran dictado una resolución sobre visitas, que el titular del derecho de visita siga residiendo habitualmente en el Estado miembro de la anterior residencia habitual del menor, presentación de una demanda de modificación en un plazo de tres meses tras el traslado y no aceptación por el titular del derecho de visita de la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la nueva residencia habitual del menor.

¹¹ Lejos de mi intención el objetivo de abordar un estudio sistemático de la norma. Un análisis en F. J. FORCADA MIRANDA, *Comentarios prácticos...*, op. cit., 2020, pp. 113 ss. y en L. F. CARRILLO POZO, *La responsabilidad parental. Un estudio de Derecho procesal civil internacional*, Valencia, 2021, pp. 99 ss.

¹² Lo que no viene contradicho por el actual art. 10 RBII ter, con una admisión de la libertad de pactos, sometida a vigilancia judicial y no siempre generadora de competencia exclusiva. Una presentación del tema en B. CAMPUZANO DIAZ, “Los acuerdos de elección de foro en materia de responsabilidad parental: un análisis del art. 10 del Reglamento (UE) 2019/1111”, en *REEI*, 2020.

¹³ Se podrían reproducir palabra por palabra en este punto las reflexiones de S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ a propósito de la STJ de 15 febrero 2017 (asunto C-499/15): un juez extranjero no conserva necesariamente la competencia para modificar una senten-

objeción apoyada en la inexistencia real de la opción (porque se podría argumentar que durante los tres primeros meses siguientes al traslado no se adquiere la residencia en el nuevo Estado, existiendo sólo la antigua), ya que la adquisición de esa nueva residencia habitual puede haberse producido al día siguiente de la transferencia, en la medida en que depende también de un elemento volitivo¹⁴.

El caso, en definitiva, es que el art. 8.1 RBII ter deroga en estas hipótesis el foro general¹⁵, y no se puede acudir a los tribunales de la residencia habitual actual para instar una modificación de las medidas (a expensas del apartado 2). Pues bien, el funcionamiento de la regla se apoya en varias condiciones, alguna de las cuales paso a considerar.

7. En el concepto de traslado legal de residencia habitual cabe todo lo que no entre en el de sustracción del art. 2.11 RBII bis/2.2.11 RBII ter, lo que evidentemente obliga a consultar qué dispone la ley rectora del fondo del asunto sobre responsabilidades, restricciones y obligaciones (usualmente la ley de la residencia habitual del menor, art. 15 del Convenio de La Haya sobre protección de menores de 1996 en relación con el 3 del RBII bis/ter). En el caso controvertido, una resolución judicial servía de cobertura para el traslado, pero está claro que también puede servir el acuerdo de los padres o la decisión de uno de ellos cuando tenga atribuido por ley el derecho a fijar el domicilio. Permítaseme subrayar la distancia que media entre traslado legal y traslado con conocimiento del titular del derecho de visita, con el consiguiente riesgo de extinción del plazo antes de que el visitador pueda reaccionar. En nuestro ordenamiento todo pasa por el control judicial (son clamorosos los arts. 103, 154, 156, 158 CC) y por consiguiente es improbable que exista un cambio de residencia desconocido por la otra parte, pero nada garantiza que disposiciones similares existan en la *lex causae* (son conocidos los ejemplos en el caso de niños nacidos de padres no casados, con atribución inicial de la patria potestad sólo a la madre), de forma que quepa un desplazamiento sin información previa. Pues bien, cabe apuntar varias hipótesis a este respecto: i) cuando la fecha del cambio de Estado consta en una resolución (como es el caso analizado), no debe surgir problema alguno con el cómputo del plazo, lo mismo que si hay acuerdo entre los padres (irrelevante la fecha de la homologación judicial que en su caso se haya producido); ii) si el custodio no se atiene escrupulosamente a lo estipulado (de nuevo es el caso estudiado, si bien irrelevante) y surgen dudas en cuanto al *dies a quo*, habrá que distinguir de nuevo, porque si el traslado avviene antes de la fecha acordada nos introducimos en otro sistema de normas, ya que en puridad se trata de una sustracción de menores; si el desplazamiento es posterior, el plazo tiene que empezar en ese momento, no el prefijado (entre otros motivos porque en el prefijado aun no se ha adquirido una nueva residencia habitual en el otro Estado): la norma es clara a este respecto. Es un problema de prueba, que interesa más que nada al visitador que pretenda acudir a sus propios tribunales; iii) cuando el traslado no haya de ser comunicado al otro progenitor, va de suyo que el guardador tendrá interés en hacerlo de inmediato (y en todo caso antes del inicio del nuevo periodo de visitas), para no obstaculizar el normal desenvolvimiento de los contactos¹⁶. A partir de tal comunicación, y a falta de acuerdo (improbable), o el visitador reacciona interponiendo demanda ante los tribunales de la residencia anterior o se dejan pasar los tres meses del plazo y el guardador se asegura la competencia de los tribunales propios.

cia por el mero hecho de haberla dictado, de la misma manera que un juez nacional no puede escudarse en el hecho de que no dictó una sentencia cuya modificación se pretende para eludir entrar en el fondo: “Competencia judicial internacional para la modificación de sentencia en materia de responsabilidad parental y de obligaciones alimenticias”, en *La ley UE*, nº 47, 28 de abril de 2017, p. 4. De alguna manera se pueden trasladar las afirmaciones contenidas en las sentencias del TJUE de 1 octubre 2014 (asunto C-436/13) y de 12 noviembre 2014 (asunto C-656/13): la competencia no es eterna.

¹⁴ La Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado ofrece en el *Manual práctico sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños* (La Haya, 2014, pp. 178 ss.) un ejemplo magnífico de adquisición instantánea de nueva residencia habitual, el del traslado con la familia a otro país por tiempo ilimitado.

¹⁵ Forzando las cosas, la versión española (también la inglesa y la alemana) admitiría otra interpretación en el sentido de que el art. 8 es sólo una *excepción no derogatoria* al carácter absoluto del foro del art. 7, con el que conviviría; pero en caso de duda las versiones francesa, portuguesa e italiana son taxativas.

¹⁶ En la medida, es evidente, que lo contrario comportaría consecuencias desfavorables para el custodio.

En cualquier modo, y sea cual sea la cobertura legal de la transferencia de la residencia, lo que parece evidente es que en la mayoría de los supuestos va a ser necesario un reajuste del equilibrio diseñado. El hecho de que las distancias no sean relevantes y por tanto nada vaya a impedir el desenvolvimiento en sus estrictos términos del régimen previsto (por ejemplo, si viven cerca del límite fronterizo y el menor se marcha a una ciudad situado justo al otro lado, o en caso de traslados ente países limítrofes de poca extensión y buenas carreteras) no ciega la vía del art. 8 RBII ter, cuya operatividad no depende de las probabilidades de triunfo de una demanda.

Sobrevuela en todo este entramado el riesgo cierto de incumplimiento de las obligaciones del progenitor, trascendente a los efectos de normas como el art. 776 LEC¹⁷. Creo que el legislador no ha podido razonablemente no asumir que se va a producir un corte temporal en los contactos, pero la patología no puede prolongarse, de manera que se impondrán en todo caso las necesarias correcciones, con iniciativa del visitador o no (*infra*).

8. He recordado más arriba que en nuestro ordenamiento el cauce procesal adecuado para reajustar las medidas será normalmente el del art. 775 LEC. En el plano sustantivo contamos con una jurisprudencia consolidada sobre las condiciones requeridas para acordar una modificación¹⁸ y unos *standards* en cuanto a la forma de responder a las nuevas condiciones geográficas¹⁹, que por supuesto no coinciden con las propias del sistema de competencia judicial internacional. La paradoja -de escasa relevancia práctica, justo será admitirlo: art. 43 RBII ter²⁰- es que cuando el juez español conozca de tal pretensión de modificación *ex* art. 8 RBII ter debe -como regla- aplicar su propio Derecho (art. 15.1 del Convenio de La Haya de 1996), siendo claro que la situación está más vinculada con otro Estado, el de la nueva e indefinida residencia. Por supuesto que se puede descartar la ley del foro en beneficio de ese otro ordenamiento mayormente conectado con el caso (de hecho, este sería uno de los supuestos típicos de entrada en juego de la cláusula de excepción), pero aquí se entra en el cenagoso terreno de la alegación y prueba de la ley extranjera, que es la mejor garantía del triunfo del legeforismo.

Pues bien, ya sabemos que si existe acuerdo entre el custodio y el visitador la tramitación se hará conforme al art. 777 LEC, y si es contencioso es el 770 LEC el aplicable. Si no se cuenta con resolución previa que se haya pronunciado sobre visitas no es aplicable el art. 8 RBII ter, de forma que habrá que volver al foro general del art. 7²¹. Va de suyo que si la resolución previó un eventual desplazamiento y articuló una respuesta específica a esa vicisitud, nada impide la entrada en juego del art. 8 RBII ter cuando se produzca (otra historia es que concurran los requisitos para revisar lo decidido, porque no asistimos a cambios imprevistos). Pero lo importante en este punto es subrayar que el art. 775 LEC reconoce la legitimación de los cónyuges y del ministerio fiscal exclusivamente. Por ello: i) si los progenitores no inician el procedimiento y permanecen en la pasividad, el ministerio fiscal podrá hacerlo (la salvaguarda del interés del menor impone preservar los contactos, como se vio), siempre que el menor tuviera su residencia previa en España. No hay discrepancias entre las normas. Adviértase que el art. 8 RBII ter no dice que el actor haya de ser el titular del derecho de visita, dejando por lo tanto a las normativas internas la identificación de los legitimados activamente (nada impide que como tal aparezca el custodio o las personas vinculadas con el niño a las que en sentencia se le hubiera reconocido ese derecho); ii) esa delegación a los sistemas nacionales encuentra sin embargo un límite, por obra de la sentencia del TJUE de 31 mayo 2018²², cuando declara que el concepto visitas «incluye no solo el

¹⁷ Y sin perjuicio en su caso de las implicaciones penales por desobediencia.

¹⁸ La SAP de Madrid de 7 febrero 2014 (ECLI:ES:APM:2014:939) es ejemplar en su reconstrucción y sistematización: debe ser una alteración sobrevenida, sustancial, estable o duradera, imprevista o imprevisible y ajena a la voluntad del actor. Por supuesto todas las resoluciones proyectadas sobre el art. 775 LEC contienen párrafos por el estilo y son igualmente útiles.

¹⁹ Los razonamientos para los casos de cambio de domicilio del custodio dentro de España son trasladables a los transfronterizos. La SAP Barcelona de 31 mayo 2023 (ECLI:ES:APB:2023:5804) expone muy bien la problemática. Sigue siendo paradigmática en este tema -con pronunciamientos modélicos sobre custodia, visitas y reparto de los costes derivados del traslado- la SAP Barcelona de 30 septiembre 2009 (ECLI:ES:APB:2009:8891).

²⁰ Además de que no es verosímil pensar que existan notables discrepancias en los ordenamientos nacionales en cuanto a estas condiciones.

²¹ Y, en España, al art. 86 LJV.

²² Asunto C-335/17, *Valcheva c. Babanarakis*, ECLI:EU:C:2018:359.

derecho de visita de los progenitores a sus hijos, sino también el de otras personas con las que resulte importante que el menor mantenga relaciones personales, en particular sus abuelos, sean o no titulares de la responsabilidad parental». Ni que decir tiene que la resolución se mueve en el plano de la legitimación *ad procesum*, quedando cualquier decisión final a expensas de lo que diga la ley rectora del fondo del asunto. El Tribunal corrige sólo el mencionado art. 775, manteniendo la operatividad del art. 8 RBII ter por mucho que no se tenga reconocido derecho alguno en la *lex causae*; iii) al margen de los procesos matrimoniales, entre nosotros el art. 250.1.13 LEC incluye en el ámbito del juicio verbal las demandas que pretendan la efectividad de los derechos reconocidos en el artículo 160 CC, abarcando también a los parientes y allegados²³. Si la resolución española cuya modificación se pretende ha aplicado un ordenamiento extranjero y en su virtud se han reconocido derechos de contacto a personas no incluidas en el art. 160 CC, se da por descontado que tal cauce procesal es válido para hacerlos valer; iv) por lo demás, no hace falta insistir en que la previsión del art. 21 RBII ter (derecho del menor a expresar sus opiniones) encuentra fácil acomodo en los arts. 770.4 y 777.5 LEC.

9. Condición imprescindible para activar este procedimiento es el cambio de residencia, dato en principio dotado de suficiente entidad (*prima facie*: todo depende de la ley rectora del fondo, como se vio) como para anudarle una revisión del equilibrio diseñado en la decisión. A pesar de los consabidos lamentos, hay que reconocer que la falta de comprensión unívoca del concepto de residencia habitual del menor no suele generar dificultades. Cuando se presente demanda ante los tribunales de la antigua residencia habitual del menor, el art. 8 RBII ter les asigna la tarea de dilucidar si se ha adquirido o no una nueva en el otro Estado, conforme a sus propias reglas (no siendo un concepto jurídico, es lógico que no se haya incorporado una norma al estilo del art. 62 RBI bis en tema de determinación del domicilio), pero siguiendo las más que conocidas indicaciones del TJUE en la materia²⁴. Y es esencial hacerlo *in limine litis*, porque hay que controlar de oficio la competencia judicial internacional, realizando las averiguaciones necesarias y tomando la iniciativa en la práctica de las pruebas que se juzguen oportunas, al amparo del art. 752.1, inciso segundo, LEC (evidentemente, siempre que estemos en el ámbito material del libro IV de la LEC)²⁵. Pues bien, ya sabemos tanto que aquella doctrina jurisprudencial no abarca todas las hipótesis imaginables como que se trata de indicaciones tan amplias que en casos concretos desembocan en soluciones contradictorias. Piénsese en el caso paradigmático de un traslado por estudios, para un año escolar, para un tratamiento médico prolongado²⁶ los niños que viven en un país y van a la escuela a diario en otro distinto²⁷: ¿Se puede dar por sentado que el tribunal de la antigua residencia va a afirmar que el niño es ahora residente en el lugar donde va a estudiar? Por supuesto que no. ¿Fuente de dificultades? No necesariamente. Depende del momento en que se interponga la demanda de modificación de medidas: si se hace durante los tres primeros meses desde el traslado, no hay dudas en que esos tribunales retienen la competencia, y esta conclusión la compartirán todos los jueces implicados y

²³ No es indiferente el cauce procesal, porque los poderes del juez son más amplios en el proceso matrimonial (en materia de prueba en particular). Así las cosas, si el derecho de visitas fue reconocido en una sentencia de divorcio, el procedimiento para su ulterior modificación es el especial del art. 775 LEC. Que el 748 LEC no lo contemple explícitamente y de forma separada en el catálogo no impide su subsunción en el número 3º. Fuera de estas hipótesis, cuando la resolución a modificar no haya sido emanada en el curso de un proceso sobre crisis matrimonial, el cauce es el verbal “normal”.

²⁴ Ciertamente puede existir un desfase entre el momento en que se adquiere la nueva residencia y el del traslado, de forma que se empieza a contar el plazo de los tres meses en un instante en el que el menor mantiene su antigua residencia: *Vid. A. BORRÁS RODRÍGUEZ*, “Art. 9”, en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (eds.), *European commentaries on private international law, IV, Brussels II bis Regulation*, Colonia, 2017, p. 121. De todas formas, la alternativa (inicio del plazo en el momento de adquisición de la nueva residencia) es tan compleja que parece más razonable tomar una referencia temporal indiscutible.

²⁵ Aun contando con la eficacia inmediata de las medidas relativas a los hijos (arts. 774 y 777 LEC), no deja de ser llamativo constatar el desequilibrio entre una fase de eficacia transfronteriza sumamente expeditiva, como corresponde a los fines perseguidos, y una fase de cognición que se puede prolongar mucho más allá de lo que aconsejaría el principio del interés del menor (cabe recurso de apelación contra el auto absteniéndose de conocer, recuérdese): si no se adoptan medidas provisionales, la sentencia de modificación con frecuencia nace obsoleta. Creo que de nuevo es ocasión de reflexionar sobre la utilidad de la norma.

²⁶ Es el caso tratado en la STJ de 14 julio 2022, asunto C 572/21, CC c. VO, ECLI:EU:C:2022:562.

²⁷ En la STJ de 13 julio 2023, asunto C 87/22, TT c. AK, ECLI:EU:C:2023:571. Comentario de P. JIMENEZ BLANCO, “*Forum non conveniens* y sustracción internacional de menores. Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 2023. Asunto C-87/2022: TT”, en *La Ley Unión Europea*, nº 118, octubre de 2023.

las posibles respuestas irán en idéntica dirección. Variará la norma en base a la cual se llegue a esta conclusión (¿art. 7? ¿art. 8?), pero eso carece de relevancia práctica. Ahora bien, si tal demanda se formula pasados esos tres meses, los órganos jurisdiccionales de este primer Estado seguirán considerándose competentes para conocer de toda controversia sobre responsabilidad parental, *ex art. 7 RBII ter*, lo mismo que los del nuevo Estado de residencia. Va de suyo que el régimen de litispendencia y de circulación de decisiones garantiza la prevalencia del más rápido (sin posibilidad de sanción de los errores en caso de extralimitación de las materias sobre las que un órgano puede pronunciarse). En esta tesitura lo único prudente -si de verdad se quiere modificar el régimen de visitas y estancias- sería interponer demanda ante los tribunales del Estado a donde se ha trasladado el menor, y a partir de ahí dejar actuar a las mentadas normas sobre litispendencia, y, llegado el caso, reconocimiento y ejecución²⁸.

10. Todo lo anterior debe contar con el apartado segundo de la norma reglamentaria, en la medida en que existe una vía (más allá del art. 10 RBII ter; el art. 12.3 RBII bis no serviría para estos casos) que permite dar entrada al acuerdo entre las partes en torno al tribunal competente, esto es, la aceptación de la competencia de los tribunales de la nueva residencia habitual por parte del visitador. Comporta ello que la tajante regla del art. 18 RBII ter (declaración de oficio de incompetencia) no será, pues, aplicada de forma inmediata: cuando la demanda de revisión se presente ante los tribunales de la nueva residencia, aunque no hayan pasado tres meses desde el traslado y el visitador siga viviendo en el mismo país, una vez comprobado dónde vive el menor, lo que cuadra es notificar al demandado. A nuestros efectos, no hace falta insistir en que, si el menor se ha trasladado a vivir a España, la norma de competencia funcional del art. 775 LEC no tendría cabida²⁹, viniendo atribuida directamente por el art. 7 RBII ter, y sin pasar, es evidente, por el art. 50 LEC³⁰ (está claro que la tramitación no puede seguir otro trámite).

Una lectura rápida del art. 8.2 RBII ter podría llevar a pensar que la única hipótesis considerada es la de un visitador demandado ante los tribunales de la nueva residencia habitual del menor que comparece sin oponerse a su competencia (la palabra “impugnar” evoca a un demandado); por supuesto será la situación típica, pero no cabe descartar otros tres esquemas que encajan en la norma: i) que sea él mismo el que inicie el procedimiento ante estos tribunales, que es la forma suprema de no cuestionar su competencia³¹; ii) la presentación de una demanda de común acuerdo³²; iii) cualquier forma de rebeldía estratégica, en tanto que comporta la quiebra de la obligación de diligencia. En principio, cuando el demandado es notificado por edictos y no comparece no cabría hablar de rebeldía voluntaria³³.

2. Y lo que no prevé

11. Hasta aquí un repaso de ciertas dificultades en la implementación de las condiciones previstas en la norma. Sin embargo, el legislador no ha tenido en cuenta el trascurso del tiempo desde la emanación de la resolución (han podido pasar diez, quince años...), extremo este al que de alguna manera alude el tribunal luxemburgués en su cuestión. El tema central no es, como pretende, la fuerza de cosa juzgada de la primitiva decisión³⁴, desde el momento en que cualquier solución en esta materia es con-

²⁸ La hipótesis de un conflicto negativo de competencia no es realmente imaginable en situaciones como las descritas.

²⁹ De la misma forma que al margen de los procesos matrimoniales tampoco entra en juego la del art. 86.2 LJV.

³⁰ Sería el mismo problema suscitado en la STC 61/2000 de 13 marzo, ECLI:ES:TC:2000:61.

³¹ *Cfr.* A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “Art. 9”, en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (eds.), *European commentaries on private international law, IV, Brussels II bis Regulation*, Colonia, 2017, p. 122. Recuérdese que en el caso estudiado fue la madre custodia la que presentó demanda en el Estado de la nueva residencia, y por ello los tribunales se consideraron incompetentes.

³² *V. gr.*, AAP de San Sebastián (Sección 2ª) de 5 octubre 2018, ECLI:ES:APSS:2018:839A.

³³ *V. gr.*, para un emplazamiento edictal a un residente en la India, SAP de Barcelona (Sección 18ª) de 31 mayo 2018, 52ECLI:ES:APB:2018:5395.

³⁴ Permisaseme un breve apunte en torno a la fuerza de cosa juzgada de la resolución en cuanto al fondo. Va de suyo que el art. 8 RBII ter no incorpora ninguna condición específica al respecto, pero si, en el momento en el que se produce el traslado de la residencia habitual del menor, la decisión sobre responsabilidad parental no ha adquirido aun eficacia de cosa juzgada (en concreto, no es firme el pronunciamiento en cuanto a visitas), el art. 8.1 no debe entrar en juego, por razón de litispendencia interna, si bien nada impediría que por motivos estratégicos se echara mano del art. 8.2.

tingente, por exigencias del interés del menor, y en consecuencia nacen para su adaptación permanente a las circunstancias cambiantes; así lo recuerda, por ejemplo, la posibilidad de revisión de lo decidido o la prevalencia de la última emanada, en casos de inconciliabilidad (art. RBII ter). Lo problemático es el lapso de tiempo desde la resolución sobre derechos de visita hasta la solicitud de revisión, porque en estos supuestos la “ventaja probatoria” se diluye y se aboca inexorablemente a la imprescindible necesidad de actualización del material y consiguientemente a la repetición de todas las pruebas practicadas en su momento. Piénsese en un caso como el de la sentencia comentada: la presentación de la demanda ante un tribunal incompetente, la activación de la norma sobre litispendencia, el recurso prejudicial del tribunal luxemburgués pasado más de un año desde la primera actuación forense... ¿Qué sentido tiene esa perpetuación? Es el mismo problema que presenta el art. 775 LEC (con el agravante de que no se ofrece instrumento alguno de corrección). Ahora bien, introducir matices en cuanto a la antigüedad de las resoluciones a adaptar encierra el riesgo de generar incertidumbres, porque cualquier plazo fijo es arbitrario (¿cuál es el tiempo máximo transcurrido aceptable? ¿cuándo pierden valor/utilidad las pruebas practicadas?)³⁵. Si se mantiene la norma, todo dependerá de las circunstancias del caso concreto: Para cuadrar el balance habrá que acudir a otras disposiciones reglamentarias (*infra*).

12. Tampoco se preocupa explícitamente el RBII ter por la coordinación con los aspectos conexos. La pretensión de modificación del régimen de visitas rara vez viene sola, viniendo acompañada en la normalidad de los casos de una demanda dirigida a la rectificación de la cuantía pagada en concepto de alimentos³⁶ y tal vez de la modificación del régimen de guarda y custodia. ¿Puede conocer el tribunal designado por el art. 8 RBII ter de estas pretensiones? Evidentemente, es claro que, en base a esta disposición, con su estricto alcance material, nada se puede hacer: en lo que toca al primer aspecto, la coordinación viene en el art. 3.d) del reglamento 4/2009, siempre que el actor formule una reclamación accesoria sobre alimentos y no se reserve la facultad de hacerlo ante los órganos judiciales del demandado³⁷; por lo que hace al segundo, no hay mucho más que decir: el mentado carácter estricto del art. 8, el hecho de que supone derogar la regla general, explican que no haya otra forma de cuestionar las decisiones previas más que ante los tribunales de la nueva residencia habitual del menor, *ex art. 7 RBII ter*. Será paradójico pero posible que se desenvuelvan procesos en paralelo en diferentes jurisdicciones, uno sobre visitas y otro sobre guarda y custodia (recuérdese que no existe norma sobre conexidad, que sería una buena alternativa). Todo ello nos pone en contacto con las fórmulas de corrección articuladas en el Reglamento.

3. Instrumentos de corrección y complemento del art. 8 RBII ter

13. La segunda cuestión prejudicial aborda la relación entre el art. 9 y el 15 RBII bis (actuales 8 y 12). Ciertamente no tiene mucho sentido la pregunta, salvo que el órgano remitente no conciba la posibilidad de que existan excepciones a las excepciones que comporten el retorno a la regla de base. Obviamente la respuesta no podía ser otra que la que se dio: se aplica la norma si concurren los requisitos de aplicación.

14. Señala el TJUE que el mecanismo de remisión completa³⁸ las normas de competencia (sin restricciones) previstas en el Reglamento. Aceptaremos ese verbo bien intencionado, en lugar del más real, “corrige”, como expresión del objetivo de proximidad, o sea, que el tribunal que conoce del litigio

³⁵ Los plazos máximos no son desconocidos en el Derecho de la Unión, pero desempeñan un papel muy diferente, buscando proximidad actual en abstracto: *v. gr.*, art. 3 RBII bis, art. 5 R 2016/1103, art. 8 RRIII.

³⁶ Que ambas pretensiones van indisolublemente unidas en el mundo de los hechos es claro, por utilizar la expresión del AG en el precitado asunto C-499/15). Críticamente (o no) S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ en el artículo precitado, p. 5.

³⁷ A la luz de las normas de los arts. 3 y 4.3 del Protocolo de La Haya de 2007 sobre obligaciones alimenticias, un acreedor demandante puede “elegir” el Derecho aplicable (y con ello la cuantía, diga lo que diga el art. 14 del Protocolo) en función de dónde presente la reclamación sobre alimentos. Nace un asunto de mera estrategia, donde tanto el acreedor como el visitador han de estar atentos, calcular, anticiparse e introducir esta pretensión sea en la demanda sea en la reconvencción.

³⁸ Es el verbo empleado en la sentencia del TJUE de 19 noviembre 2015, P, C 455/15 PPU, ECLI:EU:C:2015:763.

esté mejor situado para hacerlo. Como el mecanismo está ya muy bien estudiado³⁹, me limitaré a subrayar algunos datos relativos al actual art. 8. Recuérdese que no se trata de reparar sin más los desajustes de una norma, los resultados ilógicos de su aplicación en el caso, sino de aportar un valor añadido, de manera que, por mucho que al juez que está conociendo del caso le parezca que no es el mejor situado, si con la remisión no se tiene la expectativa razonable de mejorar el resultado, no hay por qué transferir, entre otras cosas porque el mecanismo es intrínsecamente fuente de dilaciones.

Trasladado lo anterior al litigio tipo origen de la sentencia comentada, en abstracto la vinculación con el Estado de la nueva residencia existe al menos en base a los apartados a) y generalmente d) del art. 12.4 RBII ter (los mismos indicios en el art. 15.3 RBII bis). Tratándose del tema que se trata, es difícil imaginar que haya otro tribunal en mejores condiciones de conocer, quedando radicalmente excluido el indicio del inciso quinto, idóneo para designar a otra jurisdicción pero sólo para cuestiones patrimoniales. Elementos como la nacionalidad del menor o el hecho de que hubiera residido en tal lugar durante un tiempo (letras b y c) son discutibles en cuanto a su idoneidad, mas no descartables. Así las cosas, ¿merece la pena activar este instrumento? Más arriba me refería a que la única razón de ser del art. 8.1 RBII ter es atribuir el conocimiento del caso a un tribunal familiarizado con el objeto del litigio; pero cuando la resolución es antigua esa familiaridad es ilusoria, hay que repetir pruebas, audiencias, vistas. En un entorno de confianza recíproca y sistemas jurisdiccionales fungibles, tanto da que esto lo haga el tribunal del Estado de la residencia actual del menor o el de la anterior, con la diferencia de que si ya se ha presentado la demanda ante los jueces de este último, activar el proceso de remisión comporta suficientes dilaciones como para descartarlo. No se pone en cuestión la existencia de vinculación, pero no hay mejora en la administración de justicia como consecuencia del juego del art. 12 RBII ter. Pensar que en un plazo breve desde el traslado el tribunal de la nueva residencia ha podido adquirir una posición que le permite tutelar mejor el interés del menor es ilusorio. Dicho en general, el art. 8 y el 12-13 no se llevan bien (y esto vale para una eventual situación inversa, o sea, cuando el juez designado por el art. 7 RBII ter pretendiera remitir el caso al de la residencia habitual previa). Las maniobras dilatorias están tan fuera de lugar que sólo la adopción de medidas cautelares o provisionales parece el único instrumento eficaz para dar respuesta a las necesidades derivadas del esquema de acontecimientos que vengo refiriendo.

15. Porque el verdadero complemento, la fórmula más ágil para un proceso como el estudiado son las medidas provisionales. Tan cierto es que parece fuera de duda que en las circunstancias recogidas en el tantas veces citado art. 8 RBII ter procede una acomodación inmediata como que, de entrada, podemos apostar (con serias esperanzas de ganar) que a la vista de los plazos previstos en la ley rituaría será imposible que el traslado no genere un corte en los contactos entre el visitador y los niños. Siendo el objetivo asegurar los contactos visitador-niño (incluso en las situaciones más conflictivas: art. 27.2 RBII ter), no es discutible que deban quedar garantizados también en la presente situación, y no hay otra forma más rápida que la implementación de medidas provisionales (como en el plano interno, donde están previstas en el art. 773 LEC, reclamado expresamente por el 775.3 LEC).

Pues bien, si está conociendo del fondo del asunto el tribunal designado por el art. 8.1 RBII ter, en tanto que competente en cuanto al fondo podrá adoptar medidas con eficacia transfronteriza, mientras que, paradójicamente, los del lugar en donde se halle el menor (o sea, los de su residencia habitual actual y legal) habrían de ampararse en el art. 15, adoptando por tanto medidas contingentes (párrafo 3) y de eficacia territorial limitada.

16. De otro lado, no deja de ser llamativa la falta de previsión de obligaciones e instrumentos de información entre autoridades en el primero de los supuestos: repárese en que el art. 15.2 RBII ter restringe tal carga a los tribunales no competentes en cuanto al fondo, y las previsiones de los arts. 79 y

³⁹ Por todos, vid. M. HERRANZ BALLESTEROS, *El forum non conveniens y su adaptación al ámbito europeo*, Valencia, 2011, pp. 196 ss.; M^a Á. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “La remisión y la transferencia de competencia en materia de responsabilidad parental”, en *CDT*, 2020, pp. 706 ss.; con una interesante visión de conjunto de los sucesivos reglamentos europeos y del CLH 1996, D. MCCLEAN, “The transfer of proceedings in international family cases”, en *Journal of Private International Law*, 2023, pp. 1 ss.

86 piensan sólo en esos términos. Sin embargo, parece razonable que el órgano judicial del art. 8.1 también suministre informaciones a los de la nueva residencia del menor, y que lo hagan de forma directa, evitando la intermediación de la autoridad central, fuente de dilaciones (una vez más). Así las cosas, es claro a mi juicio que: i) el vehículo más fácil de transmitir esa información será la solicitud de ejecución de la resolución que adopte tales medidas que aporte el ejecutante (un ejecutante que se supone será diligente, si al fin y al cabo ha litigado en defensa de su posición); es indiferente a estos efectos que se haya utilizado la vía del art. 34 o la del art. 47, siempre expedita cuando haya sido adoptada por un juez español en tanto que la LEC prevé la audiencia de todas las partes; ii) la necesidad de escuchar al menor puede ser satisfecha usando los medios tecnológicos al uso, o salvada merced al margen de apreciación concedido al juez; iii) en cualquier caso, para despejar dudas no huelga la comunicación directa ente tribunales. El problema es que las previsiones reglamentarias van en el sentido de que los tribunales y autoridades centrales pueden solicitar información, pero no aportarla *motu proprio*; quedaría un resquicio, la cobertura ultra genérica del apartado primero del art. 86 («los órganos jurisdiccionales podrán cooperar y comunicarse directamente entre sí, o solicitarse mutuamente información directamente»), que si bien no parece pensada para eso (la heterogeneidad respecto a los actos enumerados en el apartado 2 es palmaria), tampoco se opone abiertamente.

IV. A modo de conclusión

17. Nadie cuestiona la corrección en la definición del foro general en tema de responsabilidad parental, por supuesto. Los problemas nacen cuando se intenta afinar en la especialización normativa hasta tal extremo que las normas finalmente diseñadas tienen demasiadas aristas, y vienen cargadas de buenas intenciones pero también de resultados discutibles. Así, cuando nos topamos con disposiciones muy llamativas, enseguida se suceden estudios, disecciones y críticas (es lo que ocurre con el art. 15 RBII bis y similares); pero otras han vivido en la atonía, desapercibidas, enterradas bajo un manto de requisitos que las convertían en inaplicables: el caso del art. 9 RBII bis. Confrontados con un caso real, se aprecian mejor las sombras: no asegura la proximidad, genera déficits aplicativos cuando se desconocen las fechas, el plazo concedido para reaccionar es extremadamente breve, su ámbito material es muy estrecho y por ello fuerza a litigar sobre asuntos conexos ante otro tribunal, la corrección por la vía del art. 15 RBII bis es fuente de dilaciones. ¿Merece la pena mantener una regla como esta? No lo creo. Bastaría atribuir competencia para adoptar preventivamente medidas provisionales sobre régimen de visitas durante la fase del traslado (y dotadas de eficacia extraterritorial) a los tribunales de la antigua residencia habitual del menor, estando en todo caso al foro general, también para supuestos como el considerado en estas páginas.

De cómo la ciudadanía europea va perfilando el Derecho
de Nacionalidad de los Estados miembros de la Unión.
A propósito de la STJUE de 5 de septiembre de 2023, asunto
C-689/21, X*

About how European citizenship is shaping the Nationality
Law of the Member States of the Union. Regarding the CJEU
of 5 September 2023, Case C-689/21, X

ANTONIA DURÁN AYAGO

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Salamanca*

ORCID ID: 0000-0003-3112-0112

Recibido: 22.12.2023 / Aceptado: 22.01.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8445

Resumen: Esta sentencia escribe el cuarto capítulo de la relación entre el Derecho de Nacionalidad, competencia exclusiva de los Estados miembros, y el estatuto de la ciudadanía europea. Se da en ella un paso significativo, pues al principio de proporcionalidad, se añade el principio de efectividad, lo que supone una modelación progresiva del Derecho de nacionalidad de los Estados miembros para no vulnerar la ciudadanía europea.

Palabras clave: Ciudadanía de la Unión Europea, Derecho de Nacionalidad, principio de proporcionalidad, principio de efectividad

Abstract: This judgment is the fourth chapter in the relationship between nationality law, which is the exclusive competence of the Member States, and the status of European citizenship. A significant step is taken here, as the principle of proportionality is added to the principle of effectiveness, which implies a progressive shaping of the nationality law of the Member States so as not to infringe European citizenship.

Keywords: Citizenship of the European Union, Nationality Law, principle of proportionality, principle of effectiveness

Sumario: I. Contexto II. Los hechos III. Argumentación jurídica 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. A pesar de que el Derecho de Nacionalidad es competencia exclusiva de los Estados miembros, esto es, cada Estado miembro dispone libremente cómo se adquiere, conserva, pierde y recupera su nacionalidad¹, el hecho de que el concepto de ciudadanía europea se superponga a la nacionalidad misma², desde el Tratado de Maastricht de 1992, como condición que une a todas las personas que ostenten la nacionalidad de un Estado miembro (art. 20 TFUE)³ y que otorga a las mismas una serie de derechos específicos, está exigiendo un plus de proporcionalidad y efectividad en la regulación nacional para impedir que a través de la privación de la nacionalidad, se prive también de la condición de ciudadano europeo y de los derechos a esta condición anudados.

2. El asunto que vamos a comentar y que se aborda en la sentencia de 5 de septiembre de 2023⁴, constituye la cuarta parte del capítulo relativo a las obligaciones de los Estados miembros en materia de adquisición y pérdida de la nacionalidad a la luz del Derecho de la Unión⁵, iniciado con el asunto en que recayó la sentencia *Rottmann*⁶. La jurisprudencia derivada de esa sentencia fue confirmada por el Tribunal de Justicia en las sentencias *Tjebbes y otros*⁷ y *Wiener Landesregierung*⁸. Con este asunto, el

¹ Vid. la STJCE de 7 de julio de 1992, asunto C369/90, *Micheletti y otros* (EU:C:1992:295), apartado 10, según la cual: «La determinación de los modos de adquisición y pérdida de la nacionalidad es, de conformidad con el Derecho internacional, competencia de cada Estado miembro, competencia que debe ejercerse respetando el Derecho comunitario». Vid. H. U. JESSURUN D'OLIVEIRA, "Case C-369/90, M. V. Micheletti and others v. Delegación del Gobierno en Cantabria, Judgment of 7 July 1992", *Common Market Law Review*, 1993, vol. 30, nº 3, pp. 623-637. Esta idea también está presente en las SSTJCE de 7 de febrero de 1979, asunto C-136/78, *Auer* (EU:C:1979:34), apartado 28, y de 12 de noviembre de 1981, asunto C-72/80, *Airola/Comisión* (EU:C:1981:267), apartados 8 y ss. Se trata, por tanto, de un principio general del Derecho de la Unión aplicado en el ámbito de la ciudadanía de la Unión.

² Vid., M. MAAS, "La creación y la evolución de la ciudadanía europea", *Panorama Social*, nº 17, Primer semestre, 2013, pp. 9-19; R. KOVAR / D. SIMON, "La citoyenneté européenne", *Cahiers de Droit Européen*, 1993, nº 3-4, pp. 285-316; E. PÉREZ VERA, "Citoyenneté de l'Union européenne, nationalité et condition des étrangers", *Recueil des cours*, tomo 261 (1996), pp. 243-425.

³ El artículo 20 TFUE, apartado 1, consagra la ciudadanía de la Unión y dispone que «toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro» es ciudadano de la Unión. Con arreglo al artículo 20 TFUE, apartado 2, letra a), los ciudadanos de la Unión tienen el derecho «de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros». Vid. A. CRUZ LUNA, "Ciudadanía de la Unión y nacionalidad. La incidencia del Derecho de la Unión en las competencias sobre la nacionalidad de los Estados miembros", *Revista de Estudios Europeos*, nº 71, enero-junio, 2018, pp. 171-188.

⁴ Asunto C-689/21, ECLI:EU:C:2023:626.

⁵ Interesante el análisis que aporta sobre estas sentencias el Abogado general Sr. Maciej Szpunar, en las Conclusiones a esta sentencia, presentadas el 26 de enero de 2023. Vid. también M. OROZCO HERMOSO, "La evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de nacionalidad", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XXII, 2022, pp. 443-481; D. SARMIENTO, "A vueltas con la ciudadanía europea y la jurisprudencia expansiva del Tribunal de Justicia", *Revista Española De Derecho Europeo*, (26), 2020, pp. 211-277. Recuperado a partir de <https://revistasmarcialpons.es/revistaespanoladerechoeuropeo/article/view/406>.

⁶ Sentencia de 2 de marzo de 2010, asunto C135/08, EU:C:2010:104. Vid., N. MAGALLÓN ELÓSEGUI, "La ciudadanía europea y la competencia de los Estados miembros en materia de nacionalidad (Comentario a la STJUE de 2 de marzo de 2010)", *Diario La Ley*, nº 7520, 2010; S. IGLESIAS SÁNCHEZ, "Tribunal de Justicia de la Unión Europea: TJUE - Sentencia de 02.03.2010 (Gran Sala), Janko Rottmann / Freistaat Bayern, C-135/08 «Ciudadanía de la Unión - Artículo 17 CE - Nacionalidad de un Estado miembro adquirida por nacimiento y por naturalización Pérdida de la nacionalidad de origen - Apatridia - Pérdida del estatuto de ciudadano de la Unión» ¿Hacia una nueva relación entre nacionalidad estatal y la ciudadanía europea?", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 14, nº 37, 2010, pp. 933-950; P. LAGARDE, "Com. STJUE Rottmann", *Revue critique de droit international privé*, vol. 99, nº 3, 2010, pp. 540-558; H. U. JESSURUN D'OLIVEIRA, "Decision of 2 March 2010, Case C-135/08, Janko Rottman v. Freistaat Bayern — Case Note I — Decoupling Nationality and Union Citizenship?", *European Constitutional Law Review*, vol. 7, nº 1, 2011, pp. 138-149.

⁷ Sentencia de 12 de marzo de 2019, asunto C221/17, EU:C:2019:189. Vid. M. F. ORZAN, "Da Rottmann a Tjebbes e.a.: riflessioni sulla giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di cittadinanza europea", *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, nº 5, 2019, pp. 997-1014; K. SWIDER, "Legitimizing precarity of EU citizenship: Case C-221/17, MG. Tjebbes and Others v. Minister van Buitenlandse Zaken, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 12 March 2019, EU:C:2019:189", *Common market law review*, vol. 57, nº 4, 2020, pp. 1163-1182.

⁸ Sentencia de 18 de enero de 2022, asunto C118/20, EU:C:2022:34. Vid., C. LYCOURGOS, "Renuncia a la nacionalidad de un Estado miembro para obtener la nacionalidad de otro Estado miembro conforme a la seguridad dada por este último de que se naturalizaría al interesado (TJ, Gran Sala, S 18 Ene. 2022)TJ, Gran Sala, S 18 Ene. 2022. Asunto C-118/20: Wiener Landesregierung", *La Ley Unión Europea*, número 101, 2022.

TJUE vuelve a examinar en qué medida los modos de pérdida automática de la nacionalidad de un Estado miembro que implica la pérdida del estatuto de ciudadano de la Unión, pueden afectar al Derecho de la Unión, incorporando, al ya acrisolado principio de proporcionalidad, el principio de efectividad, que implica, a la postre, y como vamos a ver, una modelación del Derecho de la Nacionalidad, que progresivamente, puede que se esté gestando desde instancias europeas⁹.

II. Los hechos

3. El relato de los hechos que dan pie a esta sentencia son los que siguen de forma resumida. La demandante en el litigio principal, nacida el 5 de octubre de 1992 en los Estados Unidos de América, posee desde su nacimiento las nacionalidades danesa y estadounidense y no ha residido nunca en Dinamarca. El 17 de noviembre de 2014, presentó ante el Udlændinge- og Integrationsministeriet (Ministerio de Inmigración e Integración, Dinamarca) una solicitud para conservar la nacionalidad danesa, después de haber cumplido veintidós años. Basándose en la información que constaba en la solicitud, dicho Ministerio determinó que había pasado en Dinamarca como máximo cuarenta y cuatro semanas antes de cumplir veintidós años. Además, la demandante también declaró que había permanecido cinco semanas en Dinamarca después de haber cumplido veintidós años y que en 2015 había formado parte de la selección nacional femenina de baloncesto de ese país. También declaró que en 2005 estuvo aproximadamente entre tres y cuatro semanas en Francia.

4. Para entender el contexto es preciso prestar atención al artículo 8, apartado 1, de la Lov nr.º 422 om dansk indfødsret, lovbekendtgørelse (Ley n.º 422 sobre la Nacionalidad Danesa), de 7 de junio de 2004, en su versión aplicable al litigio principal que dispone:

«Perderán la nacionalidad danesa al cumplir veintidós años de edad las personas nacidas en el extranjero que no hayan vivido en el Reino de Dinamarca, ni hayan residido en él en unas circunstancias que apunten a la existencia de una vinculación estrecha con el país, salvo si ello las convirtiera en apátridas. No obstante, mediando solicitud presentada antes de dicha fecha, el Ministro o Ministra para los Refugiados, los Migrantes y la Integración, o persona a quien autorice, podrá acceder a que conserven la nacionalidad.»

5. Lo precisado en este precepto es complementado por lo establecido en la cirkulæreskrivelse om naturalisation nr. 10873 (Circular sobre la Naturalización n.º 10873), de 13 de octubre de 2015, según la cual las personas que hayan sido nacionales danesas y hayan perdido esa nacionalidad en virtud del artículo 8, apartado 1, de la Ley sobre la Nacionalidad deben, en principio, cumplir las condiciones generales de adquisición de la nacionalidad danesa que impone la ley para poder recuperar esta nacionalidad. De conformidad con el artículo 5, apartado 1, de dicha Circular, el solicitante debe residir en territorio nacional cuando presente su solicitud de naturalización. En virtud del artículo 7 de dicha Circular, se exige al solicitante una estancia ininterrumpida de nueve años en el territorio del Reino de Dinamarca.

6. En atención a esta normativa, el Ministerio de Inmigración informó a la demandante que, con arreglo a la primera frase del artículo 8, apartado 1, de la Ley sobre la Nacionalidad, había perdido

⁹ Vid. el muy sugerente y esclarecedor comentario de M. OROZCO HERMOSO, “Derecho de la Unión Europea y ejercicio de las competencias de los Estados miembros en materia de nacionalidad: la saga continúa. Sentencia del Tribunal de Justicia, Gran Sala, de 5 de septiembre de 2023, asunto C-689/21, X c. Udlændinge-og Integrationsministeriet”, *La Ley Unión Europea*, número 119, 2023. También, S. CORNELOUP, “Réflexion sur l'émergence d'un droit de l'UE en matière de nationalité”, *Journal du Droit International*, n.º 3, 2011, pp. 491-516; P. JUÁREZ PÉREZ, “Dieciocho años de ciudadanía de la Unión: ¿hacia una figura emancipada?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2010, vol. 2, n.º 2, pp. 261-289; I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, “Adquisición de la nacionalidad española por residencia y renuncia a la nacionalidad de origen por parte de ciudadanos de la Unión Europea. Hacia un cambio de paradigma”, en M. MOYA ESCUDERO, (dir.), *Movilidad internacional de personas y nacionalidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 189-224.

la nacionalidad danesa al cumplir veintidós años, y que no cabía aplicar la excepción prevista en la segunda frase del artículo 8, apartado 1, de la citada ley, dado que presentó su solicitud para conservar la nacionalidad después de haber cumplido esa edad. En esa decisión se establece, en particular, que la demandante había perdido su nacionalidad danesa al cumplir veintidós años porque no había residido nunca en Dinamarca ni permanecido en su territorio en condiciones que apuntasen a una vinculación estrecha con ese país, toda vez que la duración total de los períodos en los que estuvo en territorio nacional antes de cumplir veintidós años era de un máximo de cuarenta y cuatro semanas.

7. Ante esta decisión, la demandante inició procedimiento judicial ante el Københavns byret (Tribunal Municipal de Copenhague, Dinamarca) con el objetivo de que se anulara y se volviera a examinar el asunto, pues considera que la pérdida automática y sin excepción de la nacionalidad danesa prevista en el artículo 8, apartado 1, de la Ley sobre la Nacionalidad no es proporcionada a la luz de tal objetivo y es, por tanto, contraria al artículo 20 TFUE, en relación con el artículo 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE). Considera que las normas relativas a la pérdida de la nacionalidad solo pueden considerarse proporcionadas si, como se desprende de la sentencia de 12 de marzo de 2019, *Tjebbes y otros*, la normativa nacional autoriza, paralelamente, un acceso especialmente simplificado a la recuperación de la nacionalidad, cuestión esta que, a su juicio, no está prevista en la normativa danesa, además de que, según dicha normativa, la recuperación de la nacionalidad no tiene efectos *ex tunc*.

8. En estas circunstancias, mediante auto de 3 de abril de 2020, el procedimiento se remitió al Østre Landsret (Tribunal de Apelación de la Región Este, Dinamarca), que decidió examinar el asunto en primera instancia, y elevar la siguiente cuestión prejudicial al TJUE:

«¿Se opone el artículo 20 TFUE, en relación con el artículo 7 CDFUE, a la normativa de un Estado miembro que, como la controvertida en el litigio principal, dispone en principio la pérdida automática de la ciudadanía de dicho Estado miembro por imperativo de ley (ipso iure), al cumplirse veintidós años de edad, para personas que hayan nacido fuera de ese Estado miembro, no hayan vivido en él, ni hayan residido en él en unas circunstancias que revelen una vinculación estrecha con él, disposición que conlleva que, si esas personas no tienen además la ciudadanía de otro Estado miembro, se vean privadas de su estatuto de ciudadanas de la Unión y de los derechos vinculados a dicho estatuto, dándose la particularidad de que, según la normativa controvertida en el litigio principal,

a) se presume que existe vinculación estrecha con el Estado miembro, en particular, tras un total de un año de residencia en él;

b) si antes de cumplir los veintidós años la persona en cuestión presenta solicitud para conservar la ciudadanía del Estado miembro, puede obtener en condiciones más flexibles autorización para ello, y a tal efecto la autoridad competente debe examinar las consecuencias de la pérdida de la nacionalidad; y

c) después de cumplir los veintidós años, la persona en cuestión solamente puede recuperar la ciudadanía perdida mediante la naturalización, que está sujeta a una serie de requisitos, entre los que está el de la residencia continuada durante un período más largo en el Estado miembro, si bien el plazo de residencia puede acortarse algo en el caso de quien ya hubiera ostentado previamente la nacionalidad de ese Estado miembro?».

9. Mediante esta cuestión prejudicial se cuestiona, por tanto, si el artículo 20 TFUE, en relación con el artículo 7 CDFUE, debe interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro según la cual los nacionales de ese Estado que hayan nacido fuera de su territorio y que no hayan residido nunca en él ni realizado estancias en él en condiciones que demuestren un vínculo de conexión efectivo con ese Estado miembro pierden automáticamente la nacionalidad de este a la edad de veintidós años, lo que supone, para las personas que no sean también nacionales de otro Estado miembro, la pérdida de su estatuto de ciudadano de la Unión y de los derechos correspondientes, pero que permite a las autoridades competentes, en caso de solicitud presentada por el interesado, con el fin de conservar dicha nacionalidad, en el año que precede a su vigesimosegundo cumpleaños, examinar

la proporcionalidad de las consecuencias de la pérdida de tal nacionalidad desde el punto de vista del Derecho de la Unión y, en su caso, conceder su conservación¹⁰.

III. Argumentación jurídica

10. Adelantemos que el TJUE considera que el artículo 20 TFUE, en relación con el artículo 7 CDFUE, no se opone a la normativa de un Estado miembro según la cual los nacionales de ese Estado que hayan nacido fuera de su territorio y que no hayan residido nunca en él ni realizado estancias en él en condiciones que demuestren un vínculo de conexión efectivo con ese Estado miembro pierden automáticamente la nacionalidad de este a la edad de veintidós años, lo que supone, para las personas que no sean también nacionales de otro Estado miembro, la pérdida de su estatuto de ciudadano de la Unión Europea y de los derechos correspondientes. Ahora bien, matiza que debe permitirse a las personas interesadas presentar, en un plazo razonable, una solicitud de conservación o de recuperación de la nacionalidad que permita a las autoridades competentes examinar la proporcionalidad de las consecuencias de la pérdida de tal nacionalidad desde el punto de vista del Derecho de la Unión y, en su caso, conceder la conservación o la recuperación *ex tunc* de la referida nacionalidad. El TJUE profundiza en esta idea, precisando que el plazo debe extenderse durante un período razonable, más allá de la fecha en que la persona interesada alcanza esa edad y solo puede empezar a correr si dichas autoridades han informado debidamente a esa persona de la pérdida de su nacionalidad o de la inminencia de esta pérdida, así como de su derecho a solicitar, en ese plazo, la conservación o la recuperación de esa nacionalidad. De no ser así, dichas autoridades deben estar en condiciones de efectuar tal examen, por vía incidental, con motivo de una solicitud de la persona interesada de un documento de viaje o de cualquier otro documento que acredite su nacionalidad¹¹.

11. Con este fallo, el TJUE no se aparta de lo ya decidido en las tres sentencias previas citadas, puesto que, en primer término, considera legítimo que un Estado miembro quiera proteger la relación especial de solidaridad y de lealtad entre sus nacionales y el propio Estado¹², así como la reciprocidad de derechos y deberes, que son el fundamento del vínculo de nacionalidad¹³. Ello respaldando lo argumentado por Dinamarca en relación con lo establecido por la Decisión de Edimburgo¹⁴ y en la Declaración nº 2¹⁵ que, en la interpretación que de ellas realiza este país se desprende que Dinamarca dispone de una amplia facultad de apreciación para definir los modos de adquisición y pérdida de la nacionalidad,

¹⁰ F. j. 25.

¹¹ *Vid.* f. j. 52.

¹² *Vid.* f. j. 32.

¹³ Avalando así lo que el Ministerio danés de Inmigración sostuvo, *vid.* f.j. 18: «[...] el legislador danés consideró que las personas nacidas en el extranjero que no han residido en el territorio del Reino de Dinamarca ni realizado estancias significativas en ese Estado miembro pierden progresivamente su relación de lealtad y solidaridad y su vínculo con ese Estado miembro, por lo que es proporcionado distinguir su situación jurídica antes y después de cumplir veintidós años. En su opinión, la proporcionalidad de la pérdida automática de la nacionalidad danesa para las personas que hayan cumplido los veintidós años debe apreciarse también a la luz de las normas especialmente clementes de conservación de la nacionalidad hasta esa edad.»

¹⁴ En la sección A de la Decisión de los jefes de Estado y de Gobierno reunidos en el seno del Consejo europeo de Edimburgo los días 11 y 12 de diciembre de 1992, relativa a determinados problemas planteados por Dinamarca en relación con el Tratado de la Unión Europea (DO 1992, C 348) se establece: «Las disposiciones de la segunda parte del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea relativas a la ciudadanía de la Unión otorgan a toda persona que ostente la nacionalidad de los Estados miembros derechos adicionales y protección, tal como se especifica en dicha parte. En ningún caso sustituyen a la ciudadanía nacional. La cuestión de si un individuo posee la nacionalidad de un Estado miembro solo se resolverá refiriéndola al Derecho nacional del Estado miembro interesado.»

¹⁵ Declaración relativa a la nacionalidad de un Estado miembro, anexa por los Estados miembros al acta final del Tratado de la Unión Europea (DO 1992, C 191): «La Conferencia declara que, cuando en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea se haga referencia a los nacionales de los Estados miembros, la cuestión de si una persona posee una nacionalidad determinada se resolverá únicamente remitiéndose al Derecho nacional del Estado miembro de que se trate. Los Estados miembros podrán declarar, a efectos informativos, quiénes deben considerarse sus nacionales a efectos comunitarios mediante una declaración presentada a la Presidencia, la cual podrá modificarse en caso necesario.»

por lo que debe respetarse su competencia para decidir en qué casos se pierde y se puede recuperar la nacionalidad danesa¹⁶.

12. Así, en los casos de nacionales daneses nacidos en el extranjero que nunca hayan residido en Dinamarca y que tampoco hayan realizado estancias en dicho país en condiciones que muestren un vínculo de conexión efectivo con este último, nada obsta a que esté justificada la pérdida automática de la nacionalidad danesa a la edad de veintidós años, salvo que esto los convierta en apátridas.

13. Pero, en segundo término, dado que la nacionalidad de un Estado miembro está indisolublemente unida a la ciudadanía europea, el TJUE insiste en la importancia de que la pérdida de la nacionalidad sea conforme al principio de proporcionalidad¹⁷. Y, en este sentido, considera que no es proporcional la pérdida automática de la nacionalidad, si no permiten las normas reguladoras de la misma un examen individual de las consecuencias que tal pérdida tendría para las personas afectadas desde la perspectiva del Derecho de la Unión¹⁸. Dicho de otra manera, que si la normativa danesa prevé que al alcanzar la edad de los veintidós años se pierde automáticamente la nacionalidad, las autoridades administrativas y judiciales danesas deben estar en condiciones de examinar las consecuencias de tal pérdida y eventualmente permitir que dicha persona conserve su nacionalidad o que la recupere *ex tunc*. En este sentido, es importante que se garantice el principio de efectividad, de modo que no se haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión¹⁹. Y esta es una de las novedades que aporta esta sentencia, pues en las anteriores no se había mencionado el principio de efectividad, sino solo el de proporcionalidad.

14. El Derecho danés distingue según que la solicitud de conservación danesa se presente antes o después de que la persona cumpla los veintidós años. Si es antes de esa edad, el Ministerio procede a realizar un examen individual de la proporcionalidad de las consecuencias de la pérdida de la nacionalidad danesa y del estatuto de ciudadano de la Unión Europea, y ello en la medida que ya había incorporado a su praxis las consecuencias de la sentencia *Tjebbes y otros*. No obstante, en ningún momento se informa a las personas que están en esta situación de la necesidad de presentar su solicitud de conservación, si así lo desean. Y esto es lo verdaderamente relevante para el Tribunal, entendiendo que un plazo razonable para presentar la solicitud de conservación solo puede empezar a correr si las autoridades competentes han informado debidamente a la persona interesada de la pérdida de la nacionalidad del Estado miembro de que se trate, si no presenta la solicitud de conservación antes de cumplir los veintidós años²⁰. Y si la solicitud se presentara después de cumplir esa edad, como es el caso de los hechos, en la medida en que conforme a la legislación danesa no cabe la conservación puesto que ya se habría perdido la nacionalidad, la recuperación debería contar, a juicio del TJUE, con caracteres diferentes a los que en estos momentos esta legislación tiene, dado que para optar por la recuperación el interesado necesariamente debe residir en Dinamarca durante un periodo de nueve años, según la Circular danesa sobre naturalización, y si cumpliera estos requisitos, la recuperación de la nacionalidad danesa tendría efectos *ex nunc*, en todo caso.

IV. Valoración

15. Es curioso cómo el TJUE va perfilando poco a poco los límites de determinadas cuestiones que en principio son de la competencia exclusiva de los Estados miembros. El Derecho de Nacionalidad, sin duda alguna, es una de estas cuestiones. Su intrínseca relación con el estatuto de la ciudadanía europea

¹⁶ A. MANGAS MARTÍN, «Dinamarca y la Unión Europea: análisis jurídico», *La Ley Comunidades Europeas*, Año XIV, n° 79, 23 de julio de 1993, pp. 1-5.

¹⁷ *Vid.* f. j. 38.

¹⁸ *Vid.* f. j. 39.

¹⁹ *Vid.* f. j. 41.

²⁰ F. j. 51.

justifica la acción interpretativa en este sentido, pero con esta sentencia se aprecia de manera clara, que las lindes entre ambas se están difuminando a favor de la prevalencia de la condición europea.

16. La interpretación que en esta sentencia se realiza es además más significativa, si se tiene en cuenta la posición que Dinamarca manifestó en torno a esta cuestión. La Declaración de Edimburgo queda, a mi juicio, con esta interpretación en entredicho, pues se cuestiona la regulación del Derecho de Nacionalidad tanto en el procedimiento como en los efectos. Tanto es así que el TJUE precisa que para que la regulación danesa sobre la pérdida de nacionalidad respetara el principio de efectividad, sería preciso que con carácter previo al cumplimiento de los veintidós años se comunicara al interesado la necesidad de presentar solicitud de conservación, con la complejidad administrativa que ello conlleva, y obviando que en el pasaporte ya se hace alusión a esta posibilidad de pérdida²¹, y que si la nacionalidad danesa ya se hubiera perdido, la posibilidad de recuperarla exigiría unos requisitos menos exigentes que los que ha fijado la nacionalidad danesa, incluyendo además, que la recuperación debe ser *ex tunc*, y no *ex nunc*, como lo es cuando se presenta esta cuestión. Este es un aspecto, además, complejo, que ya fue tratado en el asunto *Tjebbes*, puesto que presupone una recuperación retroactiva de la nacionalidad, que, al menos en el Derecho español, conforme a lo establecido en el artículo 26 Código Civil, tampoco se contempla.

17. Si a esto no se le puede denominar injerencia, quizás sea porque de forma progresiva estamos asistiendo a una progresiva construcción de unos patrones que pretenden ser comunes en lo que al Derecho de Nacionalidad de los Estados miembros se refiere. O dicho de otra manera. Si la ciudadanía europea depende estrictamente de la posesión de la nacionalidad de un Estado miembro, los perfiles por los que se adquiere, pero sobre todo cómo se pierde y se recupera deben respetar unos límites. Y ese poner límites que desde el asunto *Rottmann* el TJUE ha ido perfilando influyen de manera directa en cómo se pergeña el Derecho de Nacionalidad de los Estados miembros. Pues la corrección que impone el TJUE no es solo de forma, sino también de fondo.

²¹ *Vid.* Conclusiones del Abogado General, Sr. Spuznar, nota 63.

Circolazione delle sentenze all'interno dell'Unione europea e ordine pubblico: Una recente pronuncia della Cassazione italiana

Circulation of Judgments in the EU and Public Policy: A Recent Decision of the Italian Supreme Court

CURZIO FOSSATI

Assegnista di ricerca

Università degli Studi di Cagliari

Recibido: 09.12.2023 / Aceptado: 17.01.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8446

Riassunto: La Corte di Cassazione italiana si è di recente pronunciata sulla compatibilità con l'ordine pubblico italiano del riconoscimento di una sentenza danese che condannava una società italiana al pagamento di una ammenda per violazione della normativa previdenziale. La pronuncia affronta numerose questioni relative al motivo di diniego in questione, tra le quali, in particolare, la sua applicabilità in caso di violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia da parte del giudice d'origine della pronuncia e in caso di condanna al risarcimento di danni punitivi. La sentenza inoltre offre l'occasione per compiere alcune riflessioni sull'evoluzione del concetto di ordine pubblico nel contesto della circolazione delle sentenze all'interno dell'Unione europea.

Parole chiave: Regolamento (UE) n. 1215/2012 (Bruxelles I-bis), riconoscimento ed esecuzione delle sentenze straniere, motivi ostativi, ordine pubblico, rilevabilità d'ufficio del motivo ostativo, obbligo di rinvio pregiudiziale, danni punitivi.

Abstract: The Italian Court of Cassation recently ruled on the compatibility with Italian public policy of the recognition of a Danish judgment ordering an Italian company to pay a fine for violations of employment law. The judgment raises several issues relating to the refusal ground in question, in particular its applicability where the court of origin of the decision fails to comply with its obligation to refer the case to the Court of Justice and where the judgment imposes punitive damages. The decision offers the opportunity to make some considerations on the evolution of the concept of public policy in the context of the circulation of judgments within the European Union.

Keywords: Regulation (EU) No 1215/2012 (Brussels I-bis), recognition and enforcement of foreign judgments, refusal grounds, public policy, possibility to raise the refusal ground *ex officio*, obligation to make a reference to the Court of Justice, punitive damages.

Sommario: I. Introduzione: il caso e le sentenze di merito. II. La pronuncia della Cassazione. III. La nozione di ordine pubblico adottata nella sentenza. IV. La rilevabilità d'ufficio del motivo ostativo. V. Le specifiche questioni affrontate: il difetto di terzietà del giudice. VI. *Segue:* la violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. VII. *Segue:* i danni punitivi. VIII. Conclusioni.

I. Introduzione: il caso e le sentenze di merito

1. La Corte di Cassazione italiana si è di recente pronunciata¹ su un ricorso avverso ad una sentenza con la quale la Corte d'appello di Catania aveva respinto la domanda – basata sugli artt. 45 e 46 del Regolamento (UE) n. 1215/2012 – di diniego del riconoscimento di una sentenza del Tribunale del Lavoro della Danimarca, per manifesta contrarietà all'ordine pubblico italiano.

2. Nella fattispecie alla base della decisione, una società italiana si era aggiudicata un appalto per la realizzazione di lavori edili in una raffineria in Danimarca e, nel dicembre 2013, aveva sottoscritto un accordo con un'associazione sindacale danese per i propri lavoratori distaccati presso il cantiere estero. Nel dicembre 2017, il Tribunale del Lavoro danese aveva condannato la società italiana al pagamento della somma di euro 1.900.000,00 a titolo di ammenda per l'omesso versamento di contributi previdenziali e oneri sociali dovuti per i lavoratori distaccati. La società italiana aveva quindi chiesto al Tribunale di Siracusa il diniego del riconoscimento in Italia della sentenza danese, invocando il motivo ostativo della manifesta contrarietà all'ordine pubblico, di cui all'art. 45, par. 1, lett. a, del regolamento (UE) n. 1215/2012. Il tribunale siciliano aveva accolto la domanda, affermando che la sanzione applicata dal giudice danese dovesse considerarsi di natura sostanzialmente penale – alla luce dei criteri «Engel»² – e nel relativo processo non erano state rispettate alcune garanzie poste a presidio dei diritti fondamentali, con conseguente applicabilità del motivo ostativo del riconoscimento invocato dalla società italiana. Le associazioni sindacali danesi avevano proposto appello contro tale sentenza e la Corte d'appello di Catania aveva riformato integralmente la sentenza di primo grado, accogliendo le tesi delle appellanti. Secondo i giudici d'appello, infatti, la sentenza danese non irrogava una sanzione penale, bensì una condanna al risarcimento del danno per inadempimento contrattuale – nello specifico, per inadempimento degli obblighi previsti dall'accordo sindacale – e il suo riconoscimento in Italia non poteva considerarsi manifestamente contrario all'ordine pubblico³. La società italiana aveva dunque proposto ricorso in Cassazione.

3. La sentenza in commento – con la quale la Cassazione ha respinto il ricorso della società italiana – è degna di nota poiché affronta diversi aspetti relativi al motivo di diniego del riconoscimento delle sentenze straniere previsto dall'art. 45, par. 1, lett. a, regolamento Bruxelles I-bis. In particolare, la pronuncia offre interessanti spunti ricostruttivi della nozione di ordine pubblico, tratta la questione delle conseguenze del mancato rinvio pregiudiziale da parte del giudice d'origine della pronuncia e torna – dopo il ben noto *revirement* operato dalle Sezioni Unite nel 2017⁴ – sul tema della compatibilità con l'ordine pubblico italiano dell'istituto dei danni punitivi, nello specifico contesto della circolazione delle sentenze all'interno dell'Unione europea.

¹ Cass. civ., sez. I, sentenza 7 marzo 2023, n. 6723, in *Italggiure.giustizia.it*.

² Come noto, si tratta dei criteri per stabilire quando una sanzione può definirsi penale ai sensi della CEDU ed essere così soggetta alle garanzie ivi previste (carattere di generalità, scopo repressivo-punitivo e afflittività), elaborati dalla Corte EDU a partire dalla celebre sentenza 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, ric. nn. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, punti 81-82. Per le più importanti pronunce successive si vedano: Corte EDU, sentenza 21 febbraio 1984, *Öztürk c. Germania*, ric. n. 8544/79; sentenza 27 settembre 2011, *Menarini Diagnostic s.r.l. c. Italia*, ric. n. 43509/08; sentenza 4 marzo 2014, *Grande Stevens c. Italia*, ric. nn. 18640, 18647, 18668 e 18698/10; sentenza 15 novembre 2016, *A e B c. Norvegia*, ric. nn. 24130 e 29758/11.

³ Inoltre, la Corte d'appello, aderendo alle tesi delle associazioni sindacali appellanti, aveva affermato che: *i*) il riconoscimento della sentenza danese non potesse considerarsi in contrasto con l'ordine pubblico italiano sotto il profilo della componente punitiva del risarcimento del danno dalla stessa disposto, in quanto erano rispettati i principi della tipicità, prevedibilità e proporzionalità, come richiesto dalla giurisprudenza italiana; *ii*) l'eccezione di difetto di terzietà del giudice danese fosse inammissibile, in quanto formulata per la prima volta in appello; *iii*) la censura relativa all'assenza del doppio grado di giudizio nel procedimento *a quo* fosse infondata, in quanto, nell'ordinamento italiano, la garanzia del doppio grado è prevista solo in ambito penale, mentre il giudizio di specie esulava da tale ambito; *iv*) la doglianza relativa all'omesso rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia da parte del giudice danese fosse del pari infondata, poiché tale giudice aveva una mera facoltà e non un obbligo di effettuare il rinvio.

⁴ Cass. civ., Sez. Un., sentenza 5 maggio 2017, n. 16601, in *Italggiure.giustizia.it*.

II. La pronuncia della Cassazione

4. Nella motivazione della sentenza, la Cassazione ha richiamato il contesto normativo di riferimento della domanda oggetto del giudizio, delineato dal regolamento (UE) n. 1215/2012. Esso, come noto, si basa sul principio del riconoscimento e dell'esecutività automatici in ciascuno Stato membro delle sentenze emesse dalle autorità giurisdizionali degli altri Stati membri, e attribuisce alla parte interessata la facoltà di chiedere che il riconoscimento e l'esecuzione di tali sentenze siano negati per uno dei motivi elencati nell'art. 45. In particolare, il motivo di diniego in rilievo nel caso di specie è quello previsto dal par. 1, lett. *a*, di tale disposizione, che può essere invocato quando il riconoscimento (o l'esecuzione) della sentenza è manifestamente contrario (o contraria) all'ordine pubblico dello Stato membro in cui si fa valere la pronuncia.

5. Nella parte introduttiva della motivazione, la Cassazione si è soffermata sull'evoluzione del concetto di ordine pubblico, illustrando come lo stesso, mentre in passato veniva definito come il «complesso dei principi fondamentali che caratterizzano la struttura etico-sociale della comunità nazionale in un determinato periodo storico e nei principi inderogabili immanenti nei più importanti istituti giuridici»⁵, oggi viene ricostruito come l'insieme dei principi fondamentali della Costituzione e delle fonti internazionali e sovranazionali, così come applicati nella disciplina dei singoli istituti normativi e come risultanti dall'interpretazione giurisprudenziale (il c.d. diritto vivente)⁶.

6. Ciò premesso, la Corte, passando all'esame dei motivi di ricorso presentati dalla società italiana, ha respinto innanzitutto quelli relativi al difetto di terzietà del Tribunale del Lavoro danese, fondati sul fatto che la maggioranza dei suoi componenti fosse designata dal Ministero del Lavoro, su indicazione delle associazioni sindacali parti del giudizio. Secondo la Cassazione, a prescindere dal fatto che sia contestato che la ricorrente avesse allegato tempestivamente nel giudizio di primo grado lo specifico profilo di contrarietà all'ordine pubblico in questione, esso è comunque infondato. La Suprema Corte, in particolare, dopo aver precisato che corti a composizione mista (di giudici togati e di giudici a nomina ministeriale) sono presenti anche nell'ordinamento italiano, ha concluso che nel caso di specie non si poteva in alcun modo dubitare della terzietà del giudice che aveva emesso la pronuncia, in quanto esso era un giudice scelto tra i componenti della Suprema Corte danese e non uno dei giudici a nomina ministeriale⁷.

7. La Cassazione ha poi ritenuto infondati anche gli ulteriori motivi di ricorso basati sulla asserita violazione da parte del giudice danese dell'obbligo di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, o meglio, dell'obbligo di motivare la decisione di non effettuare il rinvio pregiudiziale sulle questioni sollevate dalla società italiana⁸. La Cassazione, sul punto, ha precisato che in forza del divieto di riesame nel merito della sentenza straniera, sancito dall'art. 52 del regolamento Bruxelles I-bis, la Corte d'appello di Catania non avrebbe potuto sindacare la decisione del giudice danese di non effettuare il rinvio pregiudiziale⁹. La Suprema Corte ha aggiunto che, in ogni caso, il giudice danese aveva motivato espressamente le ragioni del mancato rinvio, argomentando nel senso della superfluità della questione.

8. La Corte ha respinto anche i motivi di ricorso legati all'asserita natura sostanzialmente penale ovvero di risarcimento del danno punitivo dell'ammenda cui era stata condannata la società italiana dal

⁵ Così in Cass. civ., sez. I, sentenza 12 marzo 1984, n. 1680, in *Italggiure.giustizia.it*.

⁶ Cass. civ., sez. I, sentenza 7 marzo 2023, n. 6723, in *Italggiure.giustizia.it*, punto 2.

⁷ Cass. civ., sez. I, sentenza 7 marzo 2023, n. 6723, in *Italggiure.giustizia.it*, punto 4.

⁸ La società italiana aveva chiesto al giudice danese di effettuare rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dubitando della compatibilità con il diritto dell'Unione europea (in particolare con il principio di libera circolazione dei servizi e di non discriminazione in base alla nazionalità) sia della normativa danese che impone ad una azienda di uno Stato membro che effettua un distacco di propri dipendenti in Danimarca il pagamento anticipato della retribuzione feriale alla cassa ferie danese e il pagamento dei contributi pensionistici alla cassa previdenziale danese per i lavoratori distaccati (senza tener conto dei pagamenti già effettuati nel Paese d'origine), sia della normativa danese che impone la sanzione per violazione degli obblighi previdenziali anche con riferimento ai lavoratori non sindacalizzati.

⁹ Cass. civ., sez. I, sentenza 7 marzo 2023, n. 6723, in *Italggiure.giustizia.it*, punto 5.

giudice danese. In primo luogo, secondo la Cassazione, la Corte d'appello di Catania aveva correttamente escluso la natura sostanzialmente penale della sanzione in questione: ancorché connotata da una funzione in parte risarcitoria e in parte sanzionatoria, essa doveva considerarsi una sanzione civilistica, in quanto comminata per inadempimento di un contratto collettivo (dunque rivolta ai soli soggetti vincolati dal contratto e non alla generalità dei consociati) e priva del carattere dell'afflittività propria delle sanzioni penali¹⁰. Inoltre, la Cassazione ha affermato che, anche a voler ammettere che la condanna in questione disponga il risarcimento di un danno punitivo, nel caso di specie sono rispettate le condizioni – sancite dalla celebre sentenza delle Sezioni Unite del 2017 – per poter escludere la manifesta contrarietà del riconoscimento di tali tipi di condanne con l'ordine pubblico italiano. La sentenza danese, infatti, rispetta i principi della tipicità – dal momento che la sanzione comminata è prevista da una fonte normativa, l'art. 12 del T.U. del Lavoro – quello della prevedibilità – dato che in tale disposizione normativa sono predeterminati i criteri applicativi della sanzione e comunque vi è una consolidata prassi del tribunale danese in merito – e quello della proporzionalità, poiché la componente punitiva è calcolata come mero aumento percentuale del 7% della componente compensativa, parametrata sul risparmio economico conseguito dall'impresa italiana con la propria condotta illecita¹¹.

9. La Suprema Corte, ritenuto infondato anche l'ultimo motivo di asserita contrarietà manifesta con l'ordine pubblico italiano del riconoscimento della sentenza danese, relativo alla violazione del principio del doppio grado di giudizio¹², ha definitivamente respinto il ricorso.

III. La nozione di ordine pubblico adottata nella sentenza

10. L'*iter* logico della motivazione della sentenza in commento parte dalla definizione del concetto di ordine pubblico contenuto nella disposizione di cui dall'art. 45, par. 1, lett. a, del regolamento Bruxelles I-bis. Tale passaggio risulta di particolare interesse se si considerano le numerose incertezze che ancora oggi caratterizzano questo fondamentale istituto di diritto internazionale privato¹³.

11. Sul punto, va ricordato che la Corte di giustizia ha in più occasioni sottolineato che spetta agli Stati membri determinare il contenuto dell'ordine pubblico quale limite alla circolazione delle sentenze all'interno dell'Unione europea, mentre alla medesima spetta solo il compito di fissarne i limiti¹⁴. Così, deve trattarsi di una «violazione manifesta di una regola di diritto considerata essenziale nell'ordinamento giuridico dello Stato richiesto o di un diritto riconosciuto come fondamentale»¹⁵. Inol-

¹⁰ Cass. civ., sez. I, sentenza 7 marzo 2023, n. 6723, in *Italggiure.giustizia.it*, punto 6.3. Quanto all'asserito carattere afflittivo dell'ammenda disposta dal giudice danese, la Corte lo ha escluso, osservando che tale ammenda era stata calcolata sul criterio del risparmio illegittimo perseguito dalla società italiana con la violazione, e applicando una maggiorazione del 7% del totale, per perseguire una finalità deterrente, di contrasto del c.d. dumping sociale a danno dei lavoratori.

¹¹ Cass. civ., sez. I, sentenza 7 marzo 2023, n. 6723, in *Italggiure.giustizia.it*, punto 6.5

¹² Cass. civ., sez. I, sentenza 7 marzo 2023, n. 6723, in *Italggiure.giustizia.it*, punto 7. Sul punto, la Cassazione ha osservato che, nell'ordinamento italiano, tale principio trova tutela costituzionale solo in ambito penale, con specifico riferimento al giudizio cautelare (art. 111, co. 7 Cost.) e non anche rispetto ai giudizi civili, come quello di specie.

¹³ Tra le principali opere sul tema si possono citare: T. HEALY, "Théorie générale de l'ordre public", in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, L'Aja, 1925, p. 411 ss.; G. SPERDUTI, "Ordine pubblico internazionale e ordine pubblico interno", in *Rivista di diritto internazionale*, 1954, p. 82 ss.; N. PALAIA, "L'Ordine pubblico internazionale", CEDAM, Padova, 1974; P. BENVENUTI, "Comunità statale, comunità internazionale e ordine pubblico internazionale", Giuffrè, Milano, 1977; O. FERACI, "L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea", Giuffrè, Milano, 2012; F. SALERNO, "La costituzionalizzazione dell'ordine pubblico internazionale", in *Rivista di diritto internazionale e processuale*, 2, 2018, p. 259 ss.; G. PERLINGIERI, G. ZARRA, "Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale", Edizioni Scientifiche, Napoli, 2019; O. MEYER (ed.), "Public Policy and Private International Law, a Comparative Guide", Edward Elgar Publishing, Cheltenham–Northampton, 2022.

¹⁴ Corte di giustizia, sentenza 24 ottobre 2014, *flyLAL-Lithuanian Airlines AS contro Starptautiskā lidosta Rīga VAS e Air Baltic Corporation AS*, C-302/13, ECLI:EU:C:2014:2319, punto 47; sentenza 28 marzo 2000, *Dieter Krombach contro André Bamberski*, C-7/98, ECLI:EU:C:2000:164, punti 22-23.

¹⁵ Corte di giustizia, sentenza 11 maggio 2000, *Régie nationale des usines Renault SA contro Maxicar SpA e Orazio Formento*, C-38/98, ECLI:EU:C:2000:225, punto 30; sentenza *flyLAL* cit., punto 49; sentenza *Krombach* cit., punto 37.

tre, la Corte di giustizia ha precisato che il motivo di diniego in esame ha carattere residuale rispetto agli altri elencati nella medesima disposizione (l'art. 45, par. 1 del regolamento Bruxelles I-bis) e deve essere applicato restrittivamente¹⁶.

12. Sebbene, dunque, spetti ai singoli Stati membri determinare quali principi e quali regole facciano parte del proprio ordine pubblico, si è di recente osservato che essi non possono non tener conto dei vincoli assunti a livello sovranazionale, in particolare in materia di protezione dei diritti umani¹⁷. Così, è oggi ampiamente condiviso che al fine di individuare i principi fondamentali che compongono l'ordine pubblico dei vari Stati membri non sia più sufficiente attingere al diritto interno (e in particolare alla Costituzione)¹⁸, ma occorra altresì tener conto del diritto internazionale e del diritto dell'Unione europea¹⁹. Inoltre, si è iniziato a discutere del concetto di ordine pubblico dell'Unione europea – inteso come nocciolo duro dei valori dell'Unione europea²⁰ – e di «europeizzazione dell'ordine pubblico», per descrivere l'influenza esercitata dai principi fondamentali dell'Unione europea sulla determinazione del contenuto dell'ordine pubblico dei vari Stati membri²¹.

13. Il punto che resta maggiormente controverso è quello inerente al rapporto tra la dimensione interna e la dimensione sovranazionale dell'ordine pubblico. In dottrina si riscontrano tre differenti ricostruzioni di tale rapporto. Secondo un primo approccio, l'ordine pubblico dell'Unione europea ha sostituito l'ordine pubblico degli Stati membri²². In base ad altra impostazione, le norme imperative del diritto dell'Unione europea svolgono una funzione di integrazione dell'ordine pubblico di ciascuno

¹⁶ Corte di giustizia, sentenza 4 febbraio 1988, *Horst Ludwig Martin Hoffmann contro Adelheid Krieg*, C-145/86, ECLI:EU:C:1988:61, punto 22; sentenza 10 ottobre 1996, *Bernardus Hendrikman e Maria Feyen contro Magenta Druck & Verlag GmbH*, C-78/95, ECLI:EU:C:1996:380, punto 23.

¹⁷ V. G. ZARRA, "Il cd ordine pubblico dell'Unione europea nell'interazione tra le fonti del sistema ordinamentale", in *Diritto del commercio internazionale*, 3, 2022, pp. 636-637.

¹⁸ Sul punto merita un richiamo la distinzione tra il concetto di ordine pubblico interno e il concetto di ordine pubblico internazionale. Come noto, il concetto di ordine pubblico interno è più ampio del c.d. ordine pubblico internazionale, ricomprendendo tutte le norme dell'ordinamento interno aventi i caratteri dell'imperatività e della inderogabilità da parte dei privati (in questo senso si veda O. FERACI, "L'ordine pubblico", cit., p. 29). La rilevanza del solo concetto dell'ordine pubblico internazionale nel contesto del diritto internazionale privato è ampiamente condivisa in dottrina (in questo senso si vedano G. ZARRA, "L'ordine pubblico attraverso la lente del giudice di legittimità: in margine a Sezioni Unite 16601/17", in *Diritto del Commercio Internazionale*, 3, 2017, p. 722 ss.; V. BARBA, "L'ordine pubblico internazionale", in G. PERLINGIERI, M. D'AMBROSIO (a cura di), "Fonti, metodo e interpretazione", Edizioni Scientifiche, Napoli, 2017, p. 409 ss.; P. VIRGADAMO, "Ripudio islamico e contrarietà all'ordine pubblico tra unitarietà del limite e corretta individuazione dei principi", in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2017, p. 355 ss.). La Corte, nella sentenza in commento, ha ritenuto opportuno rimarcare la differenza tra i due concetti, per concludere che il motivo di diniego di cui all'art. 45, par. 1, lett. a, del regolamento Bruxelles I-bis si basa sul concetto di ordine pubblico internazionale e può dunque essere invocato esclusivamente nel caso in cui il riconoscimento della sentenza straniera rischia di compromettere valori irrinunciabili dell'ordinamento del foro (Cass. civ., sez. I, sentenza 7 marzo 2023, n. 6723, in *Italggiure.giustizia.it*, punto 4).

¹⁹ Si vedano: W. WURMNEST, "Public Policy in European Private International Law", in O. MEYER (ed.), "Public Policy", cit., p. 36; F. SALERNO, "La costituzionalizzazione", cit., p. 267 ss.; O. FERACI, "L'ordine pubblico", cit., p. 78 ss. La stessa Corte di giustizia, invero, nel celebre caso *Krombach*, aveva dimostrato di aderire ad una nozione di ordine pubblico comprensiva dei principi fondamentali di origine sovranazionale. La Corte, infatti, aveva considerato manifestamente contrario all'ordine pubblico dello Stato richiesto – ai sensi dell'art. 27, par. 1 della Convenzione di Bruxelles del 1968 (corrispondente all'attuale art. 45, par. 1, lett. a, regolamento Bruxelles I-bis) – il riconoscimento di una sentenza penale emessa dai giudici francesi contro un imputato tedesco, rimasto contumace, senza sentire i difensori nominati dallo stesso, poiché tale riconoscimento si sarebbe scontrato con il diritto fondamentale di difesa sancito dall'art. 6 CEDU (sentenza *Krombach* cit., punto 44). Nello stesso senso si veda anche Corte di giustizia, sentenza 2 aprile 2009, *Marco Gambazzi contro Daimler Chrysler Canada Inc. e CIBC Mellon Trust Company*, C-394/07, ECLI:EU:C:2009:219, punto 28.

²⁰ G. ZARRA, "Il cd ordine pubblico dell'Unione europea", cit., p. 640 ss.; O. FERACI, "L'ordine pubblico", cit., p. 67 ss.

²¹ O. FERACI, "Towards the Europeanization of Public Policy Regarding Punitive Damages: An Inquiry between Theory and Practice", in S. BARIATTI, L. FUMAGALLI, Z. CRESPI REGHIZZI (a cura di), "Punitive Damages and Private International Law: State of Art and Future Developments", Wolters Kluwer-CEDAM, Milano, 2019, p. 287 ss.

²² In questo senso si veda F. MUNARI, "La ricostruzione dei principi internazionalprivatistici impliciti nel sistema comunitario", in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2006, p. 940. Rispetto a questa opzione, parte della dottrina ha osservato in senso critico che essa è eccessivamente restrittiva e non trova riscontro nella prassi, dal momento che gli Stati membri non sono disposti a rinunciare definitivamente alla propria sovranità nello stabilire se una sentenza straniera o una norma straniera possano o meno produrre effetti nei rispettivi ordinamenti (v. FERACI, "Towards the Europeanization", cit., p. 293).

Stato membro e operano come se fossero parte dell'ordinamento statale²³. Infine, secondo un terzo approccio, l'ordine pubblico dell'Unione europea mantiene una propria autonomia e coesiste con l'ordine pubblico di ciascuno Stato membro²⁴.

14. A seconda dell'opzione seguita, vi sono importanti conseguenze sulla soluzione da seguire nel caso in cui le due dimensioni dell'ordine pubblico non corrispondano, nel senso che il riconoscimento della sentenza straniera si scontri soltanto con una di esse. In base alla prima impostazione, tale problema non si pone, dal momento che il giudice deve prendere in considerazione unicamente i principi del diritto dell'Unione europea. In base alla seconda opzione, occorre dare prevalenza ai valori derivanti dall'ordinamento dell'Unione, in applicazione del principio del primato. Secondo l'ultima impostazione, il coordinamento tra le due dimensioni va regolato in base al principio di sussidiarietà, nel senso che il giudice dovrà prima verificare se gli effetti della sentenza o della norma straniera contrastino con i principi fondamentali di origine nazionale e, solo nel caso in cui tale contrasto non sussista, effettuare il vaglio alla luce dell'ordine pubblico dell'Unione europea²⁵.

15. Nella citata sentenza del 2017, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione italiana paiono aver aderito all'ultima delle tre impostazioni sopra illustrate²⁶. In tale occasione, infatti, la Suprema Corte aveva innanzitutto dato atto dell'evoluzione che ha interessato il concetto di ordine pubblico, passato progressivamente da insieme di principi fondamentali della comunità nazionale a sistema di tutele approntate a livello sovranazionale, e ora composto quindi non solo dai principi costituzionali ma anche dai diritti fondamentali della Carta di Nizza²⁷. In un successivo passaggio della pronuncia la Corte aveva poi precisato che il c.d. ordine pubblico dell'Unione europea – inteso come l'insieme dei valori essenziali per la vita e la crescita dell'Unione – non sostituisce l'ordine pubblico di fonte nazionale, ma è autonomo e coesiste con quest'ultimo. Secondo la Corte, tale coesistenza migliora l'armonizzazione tra gli ordinamenti nazionali, agevolando effetti innovativi all'interno degli stessi, senza tuttavia condurre ad un arretramento dei controlli sul rispetto dei principi essenziali di tali ordinamenti, che costituiscono un limite ancora vivo²⁸.

16. Tale impostazione sembra essere confermata dalla Cassazione nella sentenza in commento. Infatti, il richiamo dell'autorevole precedente e l'affermazione, nella parte introduttiva della motivazione, secondo cui l'ordine pubblico comprende tanto i principi fondamentali della Costituzione quanto quelli consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali, lasciano trasparire l'adesione alla soluzione secondo cui la dimensione nazionale e quella sovranazionale dell'ordine pubblico sono autonome e co-

²³ In questo senso si vedano: L. FUMAGALLI, "L'ordine pubblico nel sistema del diritto internazionale privato comunitario", in *Diritto del commercio internazionale*, 3, 2004, p. 652; N. BOSCHERO, "L'ordine pubblico processuale comunitario ed 'europeo'", in P. DE CESARI, M. FRIGESSI DI RATTALMA (a cura di), "La tutela transnazionale del credito", Giappichelli, Torino, 2007, pp. 172-176. Anche tale opzione è stata criticata da una parte della dottrina, che ha osservato come la stessa sia incompatibile con il principio della diretta applicabilità del diritto dell'Unione europea. Tale principio, infatti, implica che i giudici degli Stati membri debbano tener conto delle norme del diritto dell'Unione europea prima di applicare il diritto interno e devono considerarle concettualmente autonome, interpretandole in base a regole autonome, alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia (v. O. FERACI, "L'ordine pubblico", cit., p. 351).

²⁴ A favore di questa opzione si sono espressi: O. FERACI, "L'ordine pubblico", cit., p. 354 ss.; W. WURMNEST, "Ordre Public (Public Policy)", in S. LEIBLE (ed.), "General Principles of European Private International Law", Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2016, p. 316; G. ZARRA, "Il cd ordine pubblico dell'Unione europea", cit., p. 656. Secondo quest'ultimo a., tale opzione è stata seguita anche nella sentenza *Renault*, nella quale la Corte di giustizia ha affermato che il giudice nazionale chiamato a valutare la contrarietà di una decisione straniera con l'ordine pubblico del suo Stato deve garantire pari tutela ai diritti stabiliti dall'ordinamento nazionale e a quelli conferiti dall'ordinamento comunitario (v. sentenza *Renault* cit., punto 22).

²⁵ V. O. FERACI, "Towards the Europeanization", cit., pp. 295-299.

²⁶ In questo senso O. FERACI, "Towards the Europeanization", cit., p. 298 e G. ZARRA, "Il cd ordine pubblico dell'Unione europea", cit., p. 656.

²⁷ Cass. civ., Sez. Un., sentenza 5 maggio 2017, n. 16601, in *Italggiure.giustizia.it*, punto 6.

²⁸ Cass. civ., Sez. Un., sentenza 5 maggio 2017, n. 16601, in *Italggiure.giustizia.it*, punto 6. Per una critica alla ricostruzione della nozione di ordine pubblico adottata dalle Sezioni Unite si veda G. BIAGIONI, "Recognition of Punitive Damages in Italy", in S. BARIATTI, L. FUMAGALLI, Z. CRESPI REGHIZZI (a cura di), "Punitive Damages", cit., p. 223 ss.

esistenti²⁹. Nei successivi paragrafi si cercherà di indagare se questa impostazione sia stata applicata in modo coerente dalla Cassazione nella decisione delle singole questioni oggetto della pronuncia.

IV. La rilevabilità d'ufficio del motivo ostativo

17. La Corte di Cassazione ha avuto l'occasione di pronunciarsi su un importante profilo generale del motivo di diniego in esame, vale a dire la sua rilevabilità d'ufficio da parte del giudice³⁰. La questione è oggetto di dibattito in dottrina e nasce dalla scarsa chiarezza del dato normativo dell'art. 45 del regolamento Bruxelles I-bis³¹. Tale norma, infatti, sebbene da un lato preveda espressamente che spetta alla parte proporre istanza affinché venga negato il riconoscimento o l'esecuzione di una sentenza straniera, dall'altro lato non precisa se vi sia la possibilità in capo al giudice adito di negare il riconoscimento e/o l'esecuzione della sentenza sulla base di un motivo diverso da quello invocato dalla parte. In base ad una prima lettura, il carattere obbligatorio dei motivi ostativi – risultante dalle diciture contenute negli art. 45 e 46, secondo cui, rispettivamente, «il riconoscimento di una decisione è negato» e «l'esecuzione di una decisione è negata» – fa propendere per la soluzione che ammette una loro verifica *ex officio*³². Secondo altra impostazione, invece, la questione deve essere risolta alla luce del diritto processuale degli Stati membri, in assenza di una precisazione da parte del regolamento³³.

18. Nella sentenza in esame, la Suprema Corte si è limitata tuttavia a porre i termini della questione e ad indicare le possibili soluzioni, senza prendere posizione³⁴. Essa, infatti, da un lato, ha affermato che la rilevabilità d'ufficio dei requisiti ostativi sarebbe giustificata dalla sussistenza di un interesse pubblicistico ad impedire che una pronuncia straniera produca effetti nel foro in presenza di quelle specifiche condizioni previste dal regolamento, e sarebbe altresì consentita dalle regole processuali vigenti in Italia³⁵. Dall'altro lato, la Corte ha osservato che la preclusione del rilievo officioso dei motivi ostativi troverebbe invece il suo fondamento nel principio del *favor* della riconoscibilità delle sentenze emesse dalle autorità giurisdizionali degli altri Stati membri, che ispira il regolamento Bruxelles I-bis³⁶. La Corte ha poi proseguito concludendo che, anche a voler considerare allegato tempestivamente in giudizio dalla società italiana il profilo della contrarietà all'ordine pubblico in questione (quello relativo alla mancanza di terzietà del giudice danese), esso sarebbe comunque infondato nel merito.

19. La Cassazione avrebbe dovuto offrire maggiori chiarimenti su un aspetto così rilevante per la ricostruzione del motivo ostativo in esame. La conclusione raggiunta – nella misura in cui subordina l'analisi nel merito della questione all'adesione alla tesi secondo cui la società italiana abbia proposto tempestivamente la relativa eccezione – pare lasciar trasparire un'opzione a favore della preclusione della rilevabilità d'ufficio dei motivi di diniego. Tale opzione, tuttavia, risulta condivisibile solo rispetto ai motivi ostativi diversi dall'ordine pubblico. Pare più opportuno, invece, seguire l'opposta soluzione

²⁹ Cass. civ., sez. I, sentenza 7 marzo 2023, n. 6723, in *Italggiure.giustizia.it.*, punto 2.

³⁰ La Corte d'appello di Catania aveva ritenuto inammissibile l'eccezione proposta dalla società italiana sulla mancanza di terzietà del tribunale danese, in quanto proposta per la prima volta in appello. La società italiana aveva quindi presentato ricorso in Cassazione anche contro questo capo della sentenza d'appello, sostenendo che la questione fosse stata già proposta nel giudizio di primo grado e che in ogni caso essa sarebbe stata rilevabile d'ufficio.

³¹ Sul punto si veda S. FRANCO, "Article 45", in U. MAGNUS, P. MANKOWSKI (eds.), "European Commentaries on Private International Law. Brussels Ibis Regulation", Otto Schmidt, Monaco, 2016, p. 871.

³² *Ibidem*.

³³ V. S. FRANCO, "Article 45", cit., pp. 871-872 (note 35 e 36). L'a. fa notare che la questione oggetto di dibattito verte solo sulla possibilità del giudice di pronunciarsi su un motivo di diniego del riconoscimento in assenza di una specifica domanda di parte sul punto, mentre è pacifico che il giudice non possa assumere d'ufficio elementi di prova per compiere l'accertamento, ma debba al contrario basarsi esclusivamente sugli elementi già acquisiti nel processo (poiché l'onere della prova spetta alla parte che contesta il riconoscimento/esecuzione della sentenza).

³⁴ Cass. civ., sez. I, sentenza 7 marzo 2023, n. 6723, in *Italggiure.giustizia.it.*, punto 4.

³⁵ Il riferimento è in particolare all'art. 112 del Codice di procedura civile italiano, che, letto *a contrario*, legittima il giudice a pronunciarsi d'ufficio su tutte le questioni il cui rilievo non sia riservato per legge esclusivamente alle parti.

³⁶ Cass. civ., sez. I, sentenza 7 marzo 2023, n. 6723, in *Italggiure.giustizia.it.*, punto 4.

con riferimento a quest'ultimo motivo di diniego, in linea con quanto previsto dalle normative interne della maggior parte degli Stati membri³⁷. Infatti, il particolare ruolo da esso svolto, di «valvola di sicurezza» dello Stato richiesto del riconoscimento/esecuzione, sarebbe vanificato se non fosse consentito al giudice di accertare d'ufficio la manifesta contrarietà degli effetti della pronuncia con l'ordine pubblico del foro³⁸.

V. Le specifiche questioni affrontate: il difetto di terzietà del giudice d'origine

20. Passando all'analisi delle specifiche questioni relative alla compatibilità del riconoscimento della sentenza danese con l'ordine pubblico italiano, viene in rilievo innanzitutto quella dell'asserito difetto di terzietà del tribunale che ha emesso la pronuncia. La Corte di Cassazione ha affrontato tale questione facendo una coerente applicazione della definizione di ordine pubblico illustrata nella parte introduttiva della motivazione, nella misura in cui ha preso in considerazione sia la dimensione sovranazionale sia quella nazionale del concetto. Infatti, in primo luogo la Corte ha richiamato la giurisprudenza della Corte di giustizia nella quale si è affermato che i principi del contraddittorio e dell'imparzialità del giudice – quali sotto-principi dell'equo processo di cui agli artt. 6 CEDU e 47 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – sono immanenti e vanno rispettati in tutti i procedimenti davanti alle autorità giurisdizionali degli Stati membri³⁹, per poi escludere che nel caso di specie vi fosse stata una violazione di tali principi (in quanto lo specifico giudice che ha pronunciato la sentenza era un magistrato scelto tra i membri della Suprema Corte danese e non un componente a nomina ministeriale). In secondo luogo, la Cassazione ha affermato che corti, come il Tribunale del Lavoro danese, a composizione mista di magistrati togati e di giudici di nomina ministeriale, rappresentano ormai «tradizione non isolata» negli ordinamenti nazionali e sono previste anche dall'ordinamento italiano, escludendo così l'incompatibilità con l'ordine pubblico italiano di pronunce emesse da tali corti⁴⁰.

21. Va notato, inoltre, che la Cassazione ha precisato che non spetta al giudice chiamato a pronunciarsi sulla domanda di diniego del riconoscimento di sentenze straniere per contrarietà all'ordine pubblico sindacare l'eventuale presenza di carenze generali di sistema dell'ordinamento d'origine della pronuncia. Si tratta di una affermazione del tutto in linea sia con l'interpretazione restrittiva del motivo di diniego in esame, ribadita in più occasioni dalla Corte di giustizia⁴¹, sia con il principio di fiducia reciproca tra gli Stati membri, che ispira le norme del regolamento Bruxelles I-*bis* sulla circolazione delle sentenze all'interno dell'Unione europea⁴².

³⁷ In questo senso si vedano: S. FRANCO, "Article 45", cit., p. 872 (nota 36); P. MAYER, V. HEUZÉ, "Droit international privé", 11^a ed., Dalloz, Parigi, 2014, parr. 447-448.

³⁸ Così W. WURMNEST, "Public Policy", cit., p. 32. L'a., a sostegno della propria tesi, ha menzionato la relazione della commissione giuridica del Parlamento europeo sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali ("Roma II"), A6-0211/2005 (consultabile al seguente indirizzo: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-6-2005-0211_IT.html?redirect), che all'emendamento 50 escludeva la rilevanza d'ufficio dell'eccezione dell'ordine pubblico, «coerentemente con il regolamento di 44/2001 (Bruxelles I), che vieta l'applicazione automatica del (corrispondente) motivo di mancato riconoscimento». Tale emendamento non ha trovato accoglimento nella versione finale del regolamento, confermando – secondo l'autore – l'opzione nel senso della verificabilità d'ufficio del rispetto dell'ordine pubblico, seguita da tutti i regolamenti di diritto internazionale privato dell'Unione europea.

³⁹ Corte di giustizia, sentenza *Gambazzi* cit., punto 48; sentenza 20 aprile 2021, *Repubblica contro Il-Prim Ministru*, C-896/19, ECLI:EU:C:2021:311, punto 53.

⁴⁰ Quale principale esempio, all'interno dell'ordinamento italiano, di corti a composizione mista, la Cassazione ha menzionato la Commissione dei ricorsi contro i provvedimenti dell'Ufficio brevetti e marchi, prevista dal Codice della proprietà industriale (d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30) e composta da alcuni giudici nominati dal Ministero dello Sviluppo Economico.

⁴¹ In questo senso, la Corte di giustizia ha più volte precisato che il motivo di diniego in esame non può essere applicato in ragione della mera differenza tra la legislazione dello Stato membro d'origine della sentenza e quella dello Stato membro ove è richiesto il riconoscimento (si vedano: sentenza *Krombach* cit., punto 37; sentenza *Renault* cit., punto 29; sentenza *flyLAL* cit., punto 48).

⁴² Considerando n. 26 del regolamento Bruxelles I-*bis*.

VI. *Segue*: la violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia

22. Maggiori criticità presenta invece la soluzione della questione del mancato rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia da parte del giudice danese⁴³. In particolare, la problematica con cui si è dovuta confrontare la Cassazione è quella relativa all'impatto di una simile omissione sul diritto all'equo processo come principio fondamentale di ordine pubblico processuale.

23. Sulla questione, invero, si era già pronunciata la Corte europea dei diritti dell'uomo. In particolare, nella sentenza *Ullens de Schooten*, la Corte EDU aveva affermato che il mancato rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia da parte del giudice di ultima istanza di uno Stato membro non costituisce di per sé una violazione dell'equo processo, purché tale giudice motivi le ragioni dell'omesso rinvio, indicando quali delle eccezioni all'obbligo di rinvio – tra quelle indicate dalla giurisprudenza della Corte di giustizia stessa – ritenga presenti nel caso a lui sottoposto⁴⁴. Nella sentenza *Avotiņš*, la Corte EDU ha inoltre precisato che la mancanza di una simile motivazione non comporta necessariamente una violazione del diritto all'equo processo, qualora si accerti che nel giudizio, complessivamente, sia stato rispettato tale diritto⁴⁵. La Corte ha quindi escluso una simile violazione in un caso, come quello di specie, in cui la parte era rimasta inerte e non aveva sollecitato la proposizione del rinvio⁴⁶.

24. Tali principi paiono in linea con quelli enunciati dalla Corte di giustizia sulla medesima questione. In primo luogo, nella sentenza *Diageo Brands*, la Corte ha escluso che il rifiuto del giudice di uno Stato membro di effettuare il rinvio pregiudiziale di interpretazione *ex art.* 267 TFUE comporti un diniego ingiustificato di un rimedio giurisdizionale alla parte che ne abbia fatto richiesta, con conseguente violazione del suo diritto di difesa, quando tale giudice non è obbligato ad effettuare il rinvio (non trattandosi di un organo giurisdizionale di ultima istanza)⁴⁷. Inoltre, nel caso *Consorzio Italian Management*, la Corte ha precisato che un giudice di ultima istanza, per essere esentato dall'obbligo di rinvio pregiudiziale, deve indicare nella motivazione della sentenza la presenza di una delle eccezioni all'obbligo, enunciate nella nota sentenza *CILFIT*⁴⁸.

25. In applicazione dei principi sanciti dalla giurisprudenza appena richiamata, sembra potersi concludere che il riconoscimento in uno Stato membro di una sentenza emessa da un giudice di ultima istanza di un altro Stato membro, che non abbia effettuato rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia su una questione di interpretazione del diritto dell'Unione europea sia incompatibile con l'ordine pubblico per violazione del principio dell'equo processo, se la parte aveva sollecitato il rinvio pregiudiziale e la sentenza non contenga le indicazioni delle ragioni che escludono l'obbligo di rinvio. Tuttavia, occorre

⁴³ Cass. civ., sez. I, sentenza 7 marzo 2023, n. 6723, in *Italgire.giustizia.it*, punto 5.

⁴⁴ Corte EDU, sentenza 20 settembre 2011, *Ullens De Schooten and Rezabek c. Belgio*, ric. nn. 3989/07 e 38353/07, punti 60-63. Lo stesso principio è stato poi ribadito nella sentenza 12 luglio 2015, *Schipani e altri c. Italia*, ric. n. 38369/09, punto 69. Come noto nella celebre sentenza *CILFIT* la Corte di giustizia aveva affermato che non sussiste l'obbligo per i giudici di ultima istanza di effettuare rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 177 del Trattato CEE (oggi art. 267 TFUE), in tre casi: (i) quando la questione non sia pertinente (in quanto ininfluenza rispetto all'esito della lite), (ii) quando la disposizione oggetto della questione sia già stata interpretata dalla Corte, ovvero ancora (iii) quando la corretta interpretazione della medesima si impone con tale evidenza da non lasciar adito ad alcun ragionevole dubbio sulla soluzione da dare alla questione (Corte di giustizia, sentenza 6 ottobre 1982, *Srl CILFIT e Lanificio di Gavardo SpA contro Ministero della sanità.*, C-283/81, ECLI:EU:C:1982:335, punto 21).

⁴⁵ Corte EDU, Grande Camera, sentenza 23 maggio 2016, *Avotiņš c. Lettonia*, ric. n. 17502/07. Sulla pronuncia si vedano, fra i tanti, O. FERACI, "Mutuo riconoscimento e principio della protezione equivalente (Bosphorus): riflessioni a margine della sentenza della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Avotiņš c. Lettonia*", in *SIDI blog* (15 luglio 2016); G. BIAGIONI, "Avotiņš v. Latvia. The Uneasy Balance Between Mutual Recognition of Judgments and Protection of Fundamental Rights", in *European Papers*, 2, 2016, pp. 579-596; S. MARINO, "Il limite dell'ordine pubblico processuale alla circolazione delle decisioni giurisdizionali nella recente prospettiva delle Corti europee", in *Diritto dell'Unione europea*, 1, 2017, p. 122 ss.

⁴⁶ Sentenza *Avotiņš* cit., punto 111.

⁴⁷ Corte di giustizia, sentenza 16 luglio 2015, *Diageo Brands BV contro Simiramida-04 EOOD*, C-681/13, ECLI:EU:C:2015:471, punti 57-68.

⁴⁸ Corte di giustizia, sentenza 6 ottobre 2021, *Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi SpA contro Rete Ferroviaria Italiana SpA*, C-561/19, ECLI:EU:C:2021:799, punto 51.

chiedersi se tale soluzione – nella misura in cui impone un controllo della motivazione della sentenza di cui si chiede il riconoscimento (e in particolare la verifica se la stessa contenga le ragioni dell'omesso rinvio pregiudiziale) – sia compatibile con il divieto di riesame nel merito sancito dall'art. 52 del regolamento Bruxelles I-bis. Come noto, infatti, tale disposizione prevede che in nessun caso una sentenza emessa in uno Stato membro possa essere riesaminata nel merito dalle autorità giurisdizionali degli altri Stati membri in cui si chieda il suo riconoscimento ed è ispirata al principio della reciproca fiducia tra gli Stati membri. La soluzione alla questione sottende allora un delicato bilanciamento tra quest'ultimo principio e l'esigenza di assicurare il rispetto del diritto fondamentale all'equo processo.

26. In dottrina si è optato per la soluzione affermativa, ammettendo che il giudice richiesto del riconoscimento possa sindacare la motivazione del mancato rinvio e privilegiando così il rispetto del principio dell'equo processo e dell'effettività della tutela giurisdizionale⁴⁹. In particolare, si è evidenziato che tale opzione risulta da una corretta lettura della sentenza *Avotiņš*, nella quale la Corte EDU ha appositamente omesso ogni riferimento al divieto di riesame del merito delle sentenze emesse in altri Stati membri e ha anzi evidenziato le possibili responsabilità del giudice che riconosca o dia esecuzione ad una sentenza adottata in violazione dei diritti fondamentali, rifiutandosi di verificarla tramite la clausola dell'ordine pubblico⁵⁰.

27. Nella sentenza in commento, la Corte di Cassazione pare optare invece per la soluzione opposta, sebbene la parte della motivazione che affronta la questione susciti qualche perplessità. Infatti, in un primo passaggio, la Suprema Corte prende in esame le argomentazioni contenute nella sentenza danese sulle ragioni del mancato rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, e conclude nel senso che la sentenza fosse sufficientemente motivata sul punto⁵¹. Successivamente, la Cassazione, tramite il richiamo di alcuni propri precedenti, ricorda il principio secondo cui non sussiste un diritto della parte ad ottenere il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia ad opera del giudice di ultima istanza su una questione di interpretazione del diritto dell'Unione europea, e nei casi in cui la questione sia manifestamente inammissibile o infondata è sufficiente che le ragioni del mancato rinvio siano espresse o emergano implicitamente dalla sentenza⁵². Inoltre, la Cassazione – sempre tramite il richiamo di propri precedenti – afferma che va esclusa l'applicabilità del motivo di diniego dell'ordine pubblico rispetto a sentenze straniere prive di motivazione esplicita o implicita (vale a dire ricavabile dal loro contenuto complessivo o dagli atti di causa)⁵³. Infine, la Corte conclude che il giudice dello Stato membro richiesto «non può sindacare il mancato rinvio pregiudiziale su questioni interpretative attinenti strettamente al merito della controversia (...) istituzionalmente riservate al giudice *a quo*»⁵⁴.

28. La Corte sembra qui sostenere che il giudice di uno Stato membro, chiamato a pronunciarsi sul diniego di riconoscimento di una sentenza emessa dal giudice di un altro Stato membro, non possa *tout court* sindacare la scelta di non effettuare il rinvio pregiudiziale, a prescindere dal fatto che esso fosse soggetto all'obbligo di rinvio, che fosse stato sollecitato da una delle parti e che avesse motivato la

⁴⁹ In questo senso si vedano: S. MARINO, "L'obbligo di rinvio pregiudiziale fra responsabilità dello Stato e circolazione della sentenza nell'Unione", in *Rivista di diritto internazionale*, 2015, pp. 1273-2174; G. BIAGIONI, "Avotiņš v. Latvia", cit., pp. 589-590.

⁵⁰ G. BIAGIONI, "Avotiņš v. Latvia", cit., p. 589.

⁵¹ Cass. civ., sez. I, sentenza 7 marzo 2023, n. 6723, in *Italggiure.giustizia.it*, punto 5.1.

⁵² I precedenti richiamati dalla Corte sono: Cass. civ., sez. V, ordinanza 13 luglio 2021, n. 19880, punto 7.5 e Cass. civ., sez. lav., ordinanza 15 dicembre 2022, n. 36776, punto 3.7, entrambe in *Italggiure.giustizia.it*.

⁵³ La Corte ha richiamato in particolare Cass. civ., sez. I, sentenza 22 marzo 2000, n. 3365, in *Italggiure.giustizia.it*. In tale pronuncia la Cassazione aveva escluso che l'obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali rientrasse tra i principi inviolabili nel sistema normativo italiano che fanno parte dell'ordine pubblico, e aveva concluso che non potesse essere applicato il relativo motivo di diniego di riconoscimento con riferimento ad una sentenza, come quella di specie, priva di motivazione, ma emessa nel rispetto del contraddittorio e, peraltro, già passata in giudicato. Lo stesso principio è stato affermato anche in Cass. civ., sez. I, sentenza 12 gennaio 2017, n. 597 e Cass. civ., sez. I, sentenza 15 aprile 2019, n. 10540, entrambe in *Italggiure.giustizia.it*.

⁵⁴ Cass. civ., sez. I, sentenza 7 marzo 2023, n. 6723, in *Italggiure.giustizia.it*, punto 5.5.

decisione presa⁵⁵. Tale soluzione, tuttavia, pare criticabile per una serie di ragioni. In primo luogo, essa sembra in aperta contraddizione con il passaggio immediatamente precedente, nel quale, come illustrato, la Corte ha valutato la motivazione della sentenza danese sotto il profilo delle ragioni del mancato rinvio pregiudiziale. Inoltre, la Corte ha operato un bilanciamento tra il diritto fondamentale all'equo processo e il principio di reciproca fiducia tra gli Stati membri (e il correlativo divieto di riesame del merito delle sentenze), privilegiando il secondo, in contrasto con quanto emerge dalla giurisprudenza della Corte EDU⁵⁶. Da ultimo, la Cassazione, in contraddizione con quanto affermato nella parte introduttiva della motivazione, pare aver dato importanza dirimente solo alla dimensione nazionale dell'ordine pubblico, senza dare pari rilievo anche a quella sovranazionale. Infatti, la Corte ha attribuito carattere decisivo al consolidato orientamento che esclude il contrasto con l'ordine pubblico italiano delle sentenze straniere prive di motivazione (non ritenendo l'obbligo di motivazione delle sentenze – previsto dall'art. 111, co. 1, Cost. – un principio fondamentale dell'ordinamento italiano). Al contrario, la Corte non ha tenuto in debita considerazione il significativo impatto che l'assenza di una specifica motivazione sulle ragioni del mancato rinvio pregiudiziale presenta sul diritto fondamentale ad una tutela giurisdizionale effettiva, sancito dagli artt. 6 della CEDU e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

VII. *Segue*: i danni punitivi

29. Il passaggio sicuramente più rilevante – quanto critico – della pronuncia è quello nel quale la Corte di Cassazione affronta il tema del rapporto tra ordine pubblico e danni punitivi. Come noto, tale istituto è originario dell'ordinamento statunitense e consiste in una forma di risarcimento del danno caratterizzata da una componente compensativa (atta a ripristinare la sfera patrimoniale della vittima) ed una sanzionatoria e deterrente (finalizzata a punire l'autore dell'illecito e a disincentivare la commissione di condotte analoghe)⁵⁷. L'ingresso dell'istituto all'interno degli ordinamenti europei è avvenuto in esito ad una progressiva evoluzione, ampiamente approfondita dalla dottrina⁵⁸. In passato, i giudici degli Stati membri dell'Unione europea si erano dimostrati ostili al riconoscimento delle sentenze straniere contenenti condanne a simili forme di risarcimento ed erano soliti negarne la delibazione, applicando il motivo ostativo dell'ordine pubblico. Si sosteneva, infatti, che i danni punitivi fossero incompatibili con i principi fondamentali della responsabilità civile di tradizione romanistica, in base ai quali il risar-

⁵⁵ Questa lettura pare confermata dal richiamo da parte della Corte alla vicenda relativa al caso *Randstad*. Come noto, nell'ambito di tale vicenda, le Sezioni Unite della Cassazione avevano chiesto in via pregiudiziale alla Corte di giustizia se fosse contrario al diritto dell'Unione europea l'orientamento interpretativo che esclude la possibilità di presentare ricorso in Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione (ex art. 111, co. 8 Cost.) per sindacare la violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale da parte del Consiglio di Stato (v. domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Corte Suprema di Cassazione, il 30 settembre 2020, *Randstad Italia SpA c. Umana SpA e a.*, C-497/20). La Corte di giustizia ha tuttavia dichiarato irricevibile la questione (Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza 21 dicembre 2021, *Randstad Italia SpA contro Umana SpA e a.*, C-497/20, ECLI:EU:C:2021:1037, punto 84) e la Suprema Corte ha concluso nel senso della insindacabilità del mancato rinvio da parte del Consiglio di Stato con il rimedio del ricorso in Cassazione ex art. 111, co. 8 Cost. (Cass. civ., Sez. Un., ordinanza 30 ottobre 2020, n. 24107, in *Italgire.giustizia.it*). Sulla vicenda si veda in dottrina, ex multis, C. PERARO, "Il mancato rinvio pregiudiziale d'interpretazione nello spazio giudiziario europeo: quale tutela multilivello per i singoli?", in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 1, 2022, p. 284 e ss. L'esito della vicenda pare quindi essere stato citato dalla Cassazione a sostegno della tesi secondo cui la decisione del giudice di ultima istanza di non effettuare rinvio pregiudiziale è insindacabile da parte del giudice richiesto del riconoscimento.

⁵⁶ La Corte, invero, nel punto 5.3 della motivazione, ha espressamente menzionato la sentenza *Avotiņš*, precisando che in tale pronuncia la Corte EDU non ha messo in discussione il tradizionale principio di riconoscimento automatico delle sentenze e il divieto di riesaminarle nel merito, pur rilevando la necessità per i giudici di non abdicare il loro ruolo di accertamento delle denunce relative alle gravi violazioni dei diritti fondamentali riconosciuti dalla CEDU. Tale passaggio pare tuttavia poco coerente con la conclusione raggiunta dalla Cassazione, nel senso dell'esclusione *tout court* del sindacato sulla decisione del giudice d'origine di effettuare il rinvio pregiudiziale. Tale sindacato, infatti, pare essenziale al fine di rilevare una eventuale grave violazione del diritto all'equo processo da parte del giudice che ha pronunciato la sentenza.

⁵⁷ Si tratta della definizione comunemente utilizzata, tratta dal § 908(1) del Restate (Second) of Torts del 1979.

⁵⁸ Si vedano, per tutti: S. BARIATTI, L. FUMAGALLI, Z. CRESPI REGHIZZI (a cura di), "Punitive Damages", cit.; J. VON HEIN, "Punitive damages in European and Domestic Private International Law", in A. BRUNS, M. SUZUKI (eds.), "Preventive Instruments of Social Governance", Mohr Siebeck, Tubinga, 2017, p. 143 ss.; C. VANLEENHOVE, "Punitive damages in private international law: lessons for the European Union", Intersentia, Cambridge, 2016.

cimento del danno può avere soltanto finalità compensativa⁵⁹. In tempi più recenti, tuttavia, alcuni interventi normativi all'interno dei vari Stati membri hanno messo in crisi tale postulato, avendo introdotto forme di risarcimento del danno a funzione deterrente-sanzionatoria⁶⁰. Per l'effetto, le corti nazionali, salvo alcune eccezioni, hanno iniziato a mutare approccio, dimostrando una maggiore apertura verso il riconoscimento delle sentenze straniere di condanna ai danni punitivi⁶¹.

30. Con particolare riferimento all'Italia, il percorso evolutivo appena descritto risulta scandito in particolare da tre pronunce della Cassazione⁶². In una prima sentenza del 2007, la Suprema Corte aveva escluso la riconoscibilità in Italia di una sentenza statunitense di condanna al risarcimento di danni punitivi, per contrarietà ai principi fondamentali dell'ordinamento italiano in materia di responsabilità civile, in base ai quali il risarcimento del danno svolge unicamente una funzione ripristinatoria della sfera patrimoniale della vittima⁶³. In una successiva pronuncia del 2015⁶⁴, la Cassazione, nell'affermare la riconoscibilità in Italia di una sentenza belga contenente una sanzione qualificabile come *astreintes*, aveva lasciato trasparire qualche apertura rispetto al riconoscimento di sentenze straniere di condanna al risarcimento di danni punitivi⁶⁵. Da ultimo, la già menzionata sentenza del 2017 ha segnato definitivamente l'abbandono della tesi dell'ontologica incompatibilità dei danni punitivi con l'ordine pubblico italiano⁶⁶.

31. Nell'ultima pronuncia, in particolare, la Suprema Corte ha dato atto dell'emersione nel panorama normativo italiano di numerose fattispecie risarcitorie, caratterizzate sia dalle tradizionali funzioni compensativa e riparatoria del danno subito dalla vittima sia dalle funzioni deterrente, sanzionatoria e punitiva dell'autore dell'illecito (e dei consociati in generale), tra le quali, ad esempio, la previsione di cui all'art. 709 *ter* nn. 2 e 3 del Codice di procedura civile (che dispone la condanna al risarcimento del danno dei genitori inadempienti degli obblighi di affidamento della prole), o quella di cui all'art. 96 co. 3 del medesimo codice (che consente al giudice di condannare – per abuso del processo – la parte soccombente in giudizio al pagamento di una somma di denaro, equitativamente determinata, in favore della controparte)⁶⁷. Le Sezioni Unite hanno dunque osservato che i principi generali in materia di responsabilità civile non possono più essere di ostacolo al riconoscimento in Italia di pronunce straniere che dispongano una condanna al risarcimento dei danni punitivi. Tuttavia, la Suprema Corte ha precisato che il riconoscimento di tali sentenze può essere considerato compatibile con l'ordine pubblico italiano a condizione che siano state pronunciate nel rispetto dei principi di tipicità, prevedibilità e proporzionalità, previsti dagli artt. 23 e 25 della Costituzione italiana e dall'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁶⁸. Secondo le Sezioni Unite, pertanto, il giudice richiesto del riconoscimento di una sentenza straniera che disponga una condanna al risarcimento di danni punitivi

⁵⁹ W. WURMNEST, "Towards a European Concept of Public Policy Regarding Punitive Damages", in S. BARIATTI, L. FUMAGALLI, Z. CRESPI REGHIZZI (a cura di), "Punitive Damages", cit., p. 278 ss.

⁶⁰ *Id.*, p. 285.

⁶¹ *Id.*, p. 280. Per le principali pronunce dalle quali emerge la tendenza aperturista sopra descritta si vedano: per la Spagna, Tribunal Supremo, sentenza 13 novembre 2001, JUR 2002/608 – *Miller Import Corp. v. Alabastres Alfredo, S.L.*, ECLI:ES:TS:2001:1803^a, in *poderjudicial.es.*; per la Francia, Cass. civ., sentenza 1° dicembre 2010, n. 1090 (0913.303), *X&Y v. Fontaine Pajot*, ECLI:FR:CCASS:2010:C101090, in *courtdecassation.fr*; per l'Italia, la già citata Cass. civ., Sez. Un., sentenza 5 maggio 2017, n. 16601 (sulla quale ci si soffermerà ulteriormente *infra*). La principale eccezione rispetto a questa tendenza è rappresentata dalla Germania, ove – in mancanza di pronunce più recenti – il punto di riferimento è rappresentato da una sentenza del 1992 del *Bundesgerichtshof*, nella quale si nega fermamente la compatibilità dei danni punitivi con l'ordine pubblico tedesco (BGH, sentenza 4.6.1992, *John Doe v. Eckhard Schmitz*, BGHZ 118, 312, NJW 1992, 3096, RIW 1993, 132, ZIP 1992, 1256, sulla quale si veda G. WEGEN, J. SHERER, "Germany: Federal Court of Justice Decision Concerning the Recognition and Enforcement of US Judgments Awarding Punitive Damages", in *International legal materials*, 1993, p. 1327).

⁶² Si veda G. BIAGIONI, "Recognition", cit., p. 208 ss.

⁶³ Cass. civ., sez. III, sentenza 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Italgire.giustizia.it*. Sulla pronuncia si veda LOPEZ DE GONZALO, "Punitive damages e ordine pubblico", in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1, 2008, p. 77 ss.

⁶⁴ Cass. civ., sez. I, sentenza 15 aprile 2015, n. 7613, in *Italgire.giustizia.it*.

⁶⁵ In questo senso si vedano: G. BIAGIONI, "Recognition", cit., p. 208; A. VECCHIARUTTI, "Le *astreintes* sono compatibili con l'ordine pubblico. E i *punitive damages*?", in *Responsabilità civile e previdenza*, 6, 2015, p. 1899.

⁶⁶ Cass. civ., Sez. Un., sentenza 5 maggio 2017, n. 16601, in *Italgire.giustizia.it*.

⁶⁷ Cass. civ., Sez. Un., sentenza 5 maggio 2017, n. 16601, in *Italgire.giustizia.it*, punto 5.2.

⁶⁸ Cass. civ., Sez. Un., sentenza 5 maggio 2017, n. 16601, in *Italgire.giustizia.it*, punto 8.

deve verificare che tale pronuncia sia stata emessa in applicazione di una base normativa adeguata, la quale delinea in modo sufficientemente preciso la fattispecie (nel rispetto del principio della tipicità) e i limiti quantitativi della condanna irrogabile (nel rispetto del principio di prevedibilità); inoltre, il giudice è chiamato a controllare la proporzionalità tra la componente riparatorio-compensativa e la componente punitiva della condanna, e tra quest'ultima e la condotta contestata all'autore dell'illecito⁶⁹.

32. La sentenza appena citata ha generato ampio dibattito in dottrina ed è stata oggetto di critiche e letture contrastanti⁷⁰. Parte della dottrina ha osservato che la Suprema Corte, dopo aver illustrato nelle premesse l'evoluzione che ha interessato il concetto di ordine pubblico – dando atto che attualmente esso è caratterizzato sia da una dimensione nazionale (i principi fondamentali costituzionali) sia da una dimensione sovranazionale (i principi fondamentali del diritto internazionale e dell'Unione europea) – non ha coerentemente applicato tale concetto al caso oggetto della pronuncia. Secondo questa lettura, la Corte si sarebbe limitata a verificare la compatibilità dell'istituto del risarcimento del danno punitivo con i principi fondamentali di origine nazionale, senza effettuare il medesimo vaglio anche alla luce dell'ordine pubblico dell'Unione europea⁷¹. Secondo altra lettura, al contrario, le Sezioni Unite hanno tenuto conto dell'ordine pubblico dell'Unione europea, nella misura in cui hanno subordinato la possibilità di riconoscere sentenze straniere di condanna al risarcimento di danni punitivi in Italia, al rispetto, oltre che del principio costituzionale di legalità (e dei suoi corollari della tipicità e della prevedibilità), anche del principio fondamentale di diritto dell'Unione europea della proporzionalità⁷².

33. In ogni caso, la dottrina sembra concorde nel criticare il controllo che le Sezioni Unite hanno demandato al giudice richiesto del riconoscimento⁷³. In particolare, si è evidenziato che la pronuncia non fornisce sufficienti indicazioni per effettuare tale controllo, specialmente per quanto riguarda il profilo della proporzionalità. Infatti, risulta incerto se debba ritenersi soddisfatto tale requisito solo se la componente punitiva del risarcimento sia inferiore rispetto a quella compensativa (e debba costituire un mero incremento percentuale di quest'ultima) oppure anche se la prima sia uguale o addirittura superiore alla seconda (quando ad esempio la componente punitiva è stabilita nel doppio o nel triplo della componente risarcitoria)⁷⁴. Inoltre, ci si è domandati come possa essere eseguito il test in questione nel caso in cui dalla sentenza non emerga chiaramente la distinzione tra la componente a finalità compensativa e quella a finalità sanzionatoria⁷⁵. Il controllo lasciato al giudice richiesto del riconoscimento risulta così eccessivamente discrezionale e pare contrastare con i principi generali che regolano la verifica del rispetto dell'ordine pubblico da parte delle sentenze straniere. In base ad essi, come noto, non è consentito prendere in considerazione la legge e la specifica regola in base alla quale la sentenza straniera è stata emessa, ed è proibito qualsiasi riesame del caso oggetto del giudizio⁷⁶. Al contrario, il controllo dei requisiti della tipicità e della

⁶⁹ Cass. civ., Sez. Un., sentenza 5 maggio 2017, n. 16601, in *Italgliure.giustizia.it*, punto 7.

⁷⁰ Per alcuni commenti sulla pronuncia si vedano: B. POZZO, ET AL., "The Enforcement of Foreign Decisions Concerning Punitive Damages", in *European Review of Private Law*, 2018, pp. 661-702.; G. ZARRA, "L'ordine pubblico", cit., p. 722 ss.; G. PONZANELLI, "Punitive Damages and the Functions of Reparation: Some Preliminary Remarks After the Decision of the Italian Supreme Court, Joint Divisions, 5 July 2017, No 16601", in S. BARIATTI, L. FUMAGALLI, Z. CRESPI REGHIZZI (a cura di), "Punitive Damages", cit., p. 34 ss.; G. BIAGIONI, "Recognition", cit., p. 210 ss.; O. FERACI, "Towards the Europeanization", cit., p. 315 ss.

⁷¹ V. O. FERACI, "Towards the Europeanization", cit., p. 316.

⁷² O. FERACI, "Towards the Europeanization", cit., pp. 318-319.

⁷³ ID., p. 319; E. D'ALESSANDRO, "Reconocimiento y exequátur en Italia de sentencias extranjeras que condenan al pago de daños punitivos", in *Revista de derecho privado*, 2018, p. 319 ss.; G. BIAGIONI, "Recognition", cit., p. 226 ss.

⁷⁴ E. D'ALESSANDRO, "Reconocimiento", cit., p. 322. Parte della dottrina, ad esempio, ha proposto di considerare rispettato il principio di proporzionalità solo nel caso in cui la componente sanzionatoria non superi quella risarcitoria e dunque il rapporto tra le due sia al massimo di 1:1 (C. VANLEENHOVE, "A Helicopter Overview of the Recognition and Enforcement of Punitive Damages", in S. BARIATTI, L. FUMAGALLI, Z. CRESPI REGHIZZI, "Punitive Damages", cit., p. 249).

⁷⁵ G. BIAGIONI, "Recognition", cit., p. 230. Sul punto è possibile osservare che gli elementi per distinguere la componente sanzionatoria da quella risarcitoria dovrebbero risultare dalla disposizione normativa che prevede il risarcimento del danno punitivo in questione. Pertanto, una pronuncia che contenga una condanna nella quale non sia possibile distinguere la componente sanzionatoria da quella risarcitoria non potrebbe essere riconosciuta per carenza del requisito della tipicità.

⁷⁶ Si veda F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale, Vol. 1, Parte Generale e Obbligazioni*, 10^a ed., Wolters Kluwer-UTET, Milano, 2022, p. 395 ss.

prevedibilità sembra imporre una verifica della legge applicata dal giudice che ha pronunciato la sentenza e il test della proporzionalità pare consistere in una rivalutazione dei fatti alla base della decisione, della gravità della condotta e del danno arrecato, e dunque in un riesame nel merito della sentenza⁷⁷.

34. In questo contesto erano attesi chiarimenti da parte della Cassazione e la sentenza in commento avrebbe potuto essere l'occasione opportuna. Tuttavia, nella stessa, la Corte si è limitata a richiamare il precedente delle Sezioni Unite e ad applicare i principi nello stesso enunciati al caso alla stessa sottoposto⁷⁸.

35. Nella pronuncia manca, al pari della sentenza del 2017, un'indagine della compatibilità dei danni punitivi con l'ordine pubblico dell'Unione europea. Si tratta, infatti, di una questione ancora ampiamente dibattuta, dal momento che non emergono indicazioni precise al riguardo né dai regolamenti di diritto internazionale privato dell'Unione europea, né dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, la quale non ha ancora avuto modo di pronunciarsi sul punto. Alcuni elementi si ricavano dal regolamento Roma II: mentre nella proposta originaria del regolamento compariva una speciale previsione che dichiarava contraria all'ordine pubblico dell'Unione europea ogni forma di risarcimento del danno con finalità diversa da quella compensativa⁷⁹, nel testo definitivo del regolamento tale previsione non è stata mantenuta e al suo posto è stata inserita quella – contenuta nel considerando n. 32 – secondo cui l'applicazione di una legge straniera che contempla forme risarcitorie esemplari o punitive «di natura eccessiva, può essere considerata contraria all'ordine pubblico del foro, tenuto conto delle circostanze del caso di specie e dell'ordinamento giuridico dello Stato membro del giudice adito»⁸⁰. Tuttavia, tale considerando è stato oggetto di letture contrastanti. Secondo una prima lettura, esso può essere interpretato nel senso che i danni punitivi non si scontrano con l'ordine pubblico dell'Unione europea, ma vanno esclusivamente valutati in base all'ordine pubblico (nazionale) degli Stati membri⁸¹. Secondo altra interpretazione, invece, il considerando fissa i requisiti di base affinché i danni punitivi possano essere considerati compatibili con l'ordine pubblico dell'UE, richiedendo che gli stessi non siano eccessivi⁸². In un simile contesto di incertezza sarebbe auspicabile un intervento chiarificatore da parte della Corte di giustizia e i giudici nazionali dovrebbero cogliere l'occasione per sollecitare tale intervento tramite lo strumento del rinvio pregiudiziale (come forse avrebbe potuto fare la Cassazione italiana nel caso qui in esame).

36. Inoltre, il passaggio della sentenza in commento risulta carente di approfondimenti anche sotto un ulteriore profilo. La Suprema Corte, infatti, ha applicato il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite del 2017 con riferimento ad un caso di riconoscimento di una sentenza statunitense (regolato dalla L. 218/1995) nel differente contesto della circolazione delle sentenze all'interno dell'Unione europea (regolato invece dal regolamento n. 1215/2012), senza prendere in alcuna considerazione il divieto di riesame nel merito della sentenza straniera, che in tale contesto riveste particolare importanza, essendo espressamente sancito dall'art. 52 del regolamento Bruxelles I-bis ed imposto dal principio di reciproca fiducia tra gli Stati membri. In particolare, la Corte pare non essersi interrogata sulla compatibilità con tale divieto del controllo che il giudice richiesto del riconoscimento deve effettuare sulla sentenza straniera in base alla pronuncia del 2017. Tuttavia, come sopra illustrato, tale compatibilità è tutt'altro che pacifica.

⁷⁷ In questo senso si vedano: G. BIAGIONI, "Recognition", cit., p. 227 ss.; P. IVALDI, "Civil Liability for Health Damages and Uniform Rules of Private International Law", in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 4, 2017, p. 878.

⁷⁸ Cass. civ., sez. I, sentenza 7 marzo 2023, n. 6723, in *Italggiure.giustizia.it*, punti 6.4 e 6.5.

⁷⁹ Art. 24 Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (Roma II), COM (2003) 427.

⁸⁰ Regolamento Roma II, considerando n. 32.

⁸¹ In questo senso si vedano: J. VON HEIN, "Punitive damages", cit., p. 156; F. MARCHETTI, "The Rome II Regulation in Italian and Other National Courts", in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 4, 2017, p. 903.

⁸² In questo senso si veda, invece, C. VANLEENHOVE, "Punitive damages", cit., p. 81.

VIII. Conclusioni

37. La sentenza oggetto del presente commento offre un contributo all'opera di interpretazione della disposizione di cui all'art. 45, par. 1, lett. *a*, del regolamento Bruxelles I-*bis* e più in generale del concetto di ordine pubblico su cui questa si basa. Essa, tuttavia, non è esente da critiche, in quanto la Corte di Cassazione ha lasciato aperte numerose questioni e ha omesso di fornire auspicati chiarimenti su alcuni fondamentali aspetti del motivo ostativo in esame, specie in relazione alla sua applicazione rispetto alle sentenze di condanna al risarcimento dei danni punitivi.

38. In linea generale, dalla pronuncia emerge una conferma della tendenza, attualmente in corso, che vede un'applicazione del motivo ostativo dell'ordine pubblico in casi assai rari, come conseguenza della crescente armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri, nonché del principio di reciproca fiducia tra tali Stati⁸³. La conferma risulta evidente in particolare nei passaggi della sentenza nei quali la Corte di Cassazione ha rimarcato la insindacabilità da parte del giudice richiesto del riconoscimento sia della composizione del tribunale che ha emesso la pronuncia (e delle garanzie di terzietà dei suoi componenti), sia della scelta da parte del giudice d'origine di non effettuare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia (e delle ragioni di tale scelta). Tale tendenza, del resto, è sintomatica di una crisi dell'istituto, che sta mettendo in discussione la sua conservazione quale motivo ostativo del riconoscimento ed esecuzione delle sentenze straniere, nell'ambito dei regolamenti di diritto internazionale privato e processuale dell'Unione europea⁸⁴.

39. Al fine di cogliere la perdurante utilità dell'istituto occorre allora valorizzare l'evoluzione che lo ha interessato. L'ordine pubblico non coincide solo con i principi costituzionali degli Stati membri, ma anche con i valori fondamentali dell'Unione europea e quelli risultanti dalle fonti del diritto internazionale (specie quelle in materia di diritti umani, come la CEDU). Il giudice dello Stato membro in cui è richiesto il riconoscimento di una sentenza straniera ha dunque un nuovo ruolo: verificare il rispetto dei principi fondamentali sovranazionali da parte del giudice (di un altro Stato membro) che ha emesso la sentenza e impedire così la circolazione nell'Unione di sentenze che contrastino con gli stessi.

40. È importante, però, che la nuova dimensione dell'ordine pubblico non venga ridotta a mera enunciazione di principio – come pare aver fatto, almeno in parte, la Cassazione nella sentenza in commento – e che il giudice richiesto proceda, in modo effettivo, ad un duplice livello di controlli, verificando il rispetto sia dei principi fondamentali del proprio ordinamento nazionale sia dei principi fondamentali sovranazionali. Inoltre, sarebbe preferibile interpretare la disposizione di cui all'art. 45, par. 1, lett. *a*, del regolamento Bruxelles I-*bis* nel senso che il giudice possa sempre procedere ad una verifica d'ufficio della compatibilità della sentenza straniera con l'ordine pubblico, anche se la parte non ha sollevato tale motivo ostativo.

41. Per quanto riguarda, nello specifico, la verifica della compatibilità con l'ordine pubblico dell'Unione europea delle sentenze straniere – emesse da un giudice di uno Stato membro – di condanna al risarcimento di danni punitivi, sarebbe poi necessario un ripensamento dei criteri per eseguire tale controllo. Il test di proporzionalità, così come formulato dalle Sezioni Unite della Cassazione italiana nella sentenza del 2017, lascia eccessiva discrezionalità ai giudici e si scontra con il divieto di riesame

⁸³ V. W. WURMNEST, "Public Policy", cit., p. 30.

⁸⁴ Alcuni regolamenti escludono già la possibilità di opporsi al riconoscimento delle sentenze per manifesta contrarietà all'ordine pubblico, come il Regolamento (CE) n. 861/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 luglio 2007, che istituisce un procedimento europeo per le controversie di modesta entità, in *GUCE* L 199 del 31.7.2007, pp. 1–22, e il Regolamento (CE) n. 1896/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, che istituisce un procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento, in *GUCE* L 399 del 30.12.2006, pp. 1–32. Altri, pur mantenendo la previsione del motivo ostativo, sono stati preceduti da un dibattito sulla conservazione della stessa (si veda in tal senso la proposta della Commissione di regolamento del Consiglio sulla giurisdizione, la legge applicabile, il riconoscimento e l'esecuzione in materia di obbligazioni alimentari, 15.12.2005, COM (2005) 649, art. 20).

nel merito della sentenza di cui si chiede il riconoscimento, sancito dall'art. 52 del regolamento Bruxelles I-*bis*. Le corti nazionali degli Stati membri ovvero, ancora più auspicabilmente, la Corte di giustizia, dovrebbero fornire maggiori indicazioni su come eseguire tale test. Una soluzione ragionevole potrebbe essere quella di ritenere soddisfatto il requisito della proporzionalità quando la componente sanzionatoria della condanna sia al massimo di entità pari alla componente compensativa. Un simile criterio sarebbe facilmente accertabile, non implicherebbe alcun riesame nel merito dei fatti oggetto della sentenza straniera e sarebbe in grado di garantire maggiore uniformità tra gli esiti, a vantaggio della certezza del diritto.

La odisea judicial entre London Steam-Ship Owners-Mutual Insurance Association Limited y el Reino de España: Una aventura legal que está lejos de concluir

The legal odyssey between London Steam-Ship Owners-Mutual Insurance Association Limited and the Kingdom of Spain: A legal adventure far from conclusion

ORIANA GÓMEZ FASANELLA

Abogada

ENRIQUE DE ESPAÑA VALENZUELA

Abogado

Recibido: 24.12.2023 / Aceptado: 26.01.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8447

Resumen: El caso del Prestige, ha experimentado un extenso recorrido judicial. A lo largo de los años, los tribunales ingleses han emitido decisiones que contrarían con la sentencia del Tribunal Supremo Español. La más reciente sentencia del 6 de octubre del 2023 del Tribunal Superior de Justicia de Inglaterra y Gales agrega un nuevo capítulo a esta saga. El fallo sostiene que la sentencia del Tribunal Supremo Español, que ordenaba a London P&I Club pagar 855 millones de euros, es “incompatible” con las resoluciones arbitrales inglesas. Esta contradicción legal añade una capa adicional de complejidad al proceso, evidenciando la persistente incertidumbre en torno a la ejecución de decisiones judiciales y prolongando la incógnita sobre el desenlace final del caso Prestige.

Palabras clave: Sentencia, laudo, cosa juzgada, litispendencia, incompatibilidad.

Abstract: The Prestige case has faced a lengthy legal journey. Over the years, English courts issued decisions conflicting with Spain’s Supreme Court ruling. The latest judgment on October 6, 2023, in England adds a new chapter. It asserts that the Spanish Supreme Court’s order for London P&I Club to pay 855 million euros clashes with English arbitration resolutions. This legal contradiction adds an extra layer of complexity, showing ongoing uncertainty about executing judicial decisions and prolonging the mystery of the Prestige case’s final outcome.”

Keywords: sentence, award, res judicata, lis pendens, irreconcilable.

Sumario: I. Antecedentes Históricos. II. Hechos jurídicos. III. Desarrollo Jurisprudencial en España. IV. Desarrollo jurídico Reino Unido- Laudos y sentencias. V. Desarrollo Jurídico Unión Europea. VI. “Reglamento Bruselas I” Principio de Cosa juzgada y Litispendencia. VII. Jurisdicción y competencia, el supuesto incumplimiento por parte de España de su obligación equitativa de arbitrar sus acciones directas contra el Club, y la supuesta responsabilidad de España por compensación equitativa y/o legal. VIII Consideraciones finales.

I. Antecedentes históricos

1. Antes de adentrarnos en el naufragio del Prestige y su recorrido judicial de más de 20 años, es necesario recordar algunos los antecedentes históricos que han originado cambios en las normativas internacionales en el mundo marítimo. La historia, lamentablemente, nos ha brindado valiosas lecciones a través de accidentes, impulsándonos a tomar medidas correctivas en cada caso. Si buscamos algún antecedente al “Caso Prestige” la mejor comparación podría ser el naufragio del famoso petrolero “Torrey Canyon” con 120.000 toneladas de crudo vertidos en el mar. Este hito histórico sirvió de catalizador para que la Organización Marítima Internacional lograra grandes avances en cuanto a la implementación de un amplio marco normativo, además de impulsar reformas en el diseño y operación de los buques, conduciendo a la adopción del Convenio MARPOL, una medida fundamental para la prevención de la contaminación por buques. Asimismo, dio lugar a la formación de los Fondos Internacionales de Indemnización de Daños debidos a Contaminación por Hidrocarburos (FIDAC), también se establecieron nuevos conceptos en materia de “Responsabilidad e Indemnización por Daños causados por Buques” y el “Convenio Internacional sobre Preparación, Respuesta y Cooperación en caso de Contaminación por Hidrocarburos”.

2. Posteriormente, los siniestros de los buques Erika en diciembre de 1999 y Prestige en noviembre de 2002, provocaron importantes repercusiones tanto en el ámbito ambiental como legislativo. A través de los tres paquetes normativos conocidos como “Paquete Erika”, se establecieron regulaciones tales como restricciones de acceso a puertos para buques de más de quince años con historial de inmovilizaciones frecuentes, se implementó una supervisión más rigurosa de las sociedades de clasificación y se aceleró la transición de petroleros de casco único a petroleros de doble casco.

3. Actualmente, El Plan Marítimo Nacional de Respuesta ante la Contaminación Marina¹, implementado en 2014, representa un paso adelante en la preparación y respuesta ante derrames de petróleo. Al establecer procedimientos claros para analizar amenazas, evaluar riesgos y coordinar respuestas entre varios organismos gubernamentales, España ha fortalecido su capacidad de manejar incidentes de contaminación marina. El Sistema Nacional de Respuesta ante la Contaminación Marina, Complementario al Plan Marítimo Nacional, este sistema orienta la elaboración de planes territoriales y asegura una respuesta coordinada a nivel nacional y regional. La implicación de las comunidades autónomas es crucial para una respuesta eficaz, dada la estructura descentralizada de España. Según la Dirección General de la Marina Mercante, España ha sido líder en el número de inspecciones bajo el Paris MoU (Memorando de Entendimiento de París) durante más de una década. Esto indica un compromiso continuo con la seguridad marítima y la prevención de incidentes.

II. Hechos

4. A fines de 2002, el horizonte marítimo español fue escenario de un desastre ambiental que resonaría en la legislación marítima internacional. Un buque propiedad de “Mare Shipping” con bandera de Bahamas, sufrió daños en sus depósitos en 2001, que fueron reparados sin objeciones de la clasificadora ABS. El buque M/T Prestige, que transportaba más de 77.000 toneladas de fuel pesado, el fatídico 13 de noviembre de 2002 enfrentó un fuerte temporal, emitiendo una señal de SOS debido a una vía de agua; a pesar de los esfuerzos para alejarlo de la costa, el buque se partió el 19 de noviembre, frente a las costas gallegas, desencadenando un vertido de hidrocarburos. Este incidente no solo desencadenó una crisis ecológica sin precedentes en la región, sino que también planteó preguntas críticas sobre la responsabilidad legal y las obligaciones de los distintos actores involucrados.

¹ Á. Pardo. “Así ha cambiado la legislación para catástrofes marítimas 20 años después del hundimiento del Prestige.” Abril, 2023. Se puede acceder en: <https://www.newtral.es/legislacion-catastrofe-prestige/20221113/>

III. Desarrollo Jurisprudencial en España

5. El incidente del “Prestige” ocurrió en 2002, pero la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña no se dictó hasta 2013, después de más de 10 años de instrucción y 9 meses de juicio oral. En 2013, la Audiencia Provincial, al no poder probarse, absolvió al capitán del delito de imprudencia grave contra el medio ambiente, condenándolo solo por desobediencia. Esta decisión fue revocada en 2016 por el Tribunal Supremo Español, que condenó al capitán por delito penal medioambiental por imprudencia grave, basándose en una conducta culposa, negligente y dolosa, (art. 325 y 331 CP), y lo absolvió por el delito de desobediencia. También se estableció la responsabilidad civil del capitán, los propietarios (como responsables subsidiarios) y a la aseguradora del buque (responsable directa) con un límite de 1.000 millones de dólares según la CLC de 1992.

6. La aseguradora fue demandada en ejercicio de una acción directa según el Art.117.CP, Esta acción permite a los perjudicados reclamar directamente a la aseguradora por los daños sufridos. El Club, en 2003, consignó 22 millones en el juzgado como límite de responsabilidad establecida en las reglas del club. La sentencia del Tribunal Supremo español en diciembre estableció indemnizaciones significativas, responsabilizando al London P&I Club, entre otros. En 2017, la determinación del monto de la indemnización o “quantum” fue remitida a la Audiencia Provincial de La Coruña, que declaró responsables al capitán, al club y al propietario, con una indemnización que excedía los 1.600 millones de euros, pero limitando la responsabilidad del club a 855 millones de euros. En 2019, bajo el Reglamento no 44/2001 (Bruselas I), relativo a la Competencia Judicial, el Reconocimiento y la Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia Civil y Mercantil, España solicitó la ejecución de 2.355 millones de euros, manteniendo la responsabilidad del club al límite establecido.

IV. Desarrollo Jurídico Reino Unido: Laudos y Sentencias

7. El caso del M/T Prestige en el Reino Unido involucró desarrollos legales significativos en torno al arbitraje y la ejecución de laudos y sentencias. Se generó una compleja disputa jurídica entre la aseguradora del Buque, el Club, y el Estado Español, con procesos paralelos en ambos países. El Club inició un procedimiento arbitral en Londres en 2012 como respuesta a las reclamaciones de España, buscando limitar su responsabilidad conforme al Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil por Daños Debidos a Contaminación por Hidrocarburos y aplicar la cláusula “Pay to be Paid” del contrato de seguros. El Laudo Arbitral Schaff de 2013 apoyó al Club, clasificando las demandas españolas como contractuales bajo el derecho inglés y limitando la responsabilidad del Club a 1.000 millones de USD. El Club buscó que el Laudo Schaff se reconociera como sentencia bajo la Ley de Arbitraje de 1996 del Reino Unido. España se opuso, argumentando que sus reclamaciones, derivadas del Código Penal español, eran independientes y no sujetas a arbitraje. El juez Hamblen desestimó estas alegaciones, concluyendo que las reclamaciones eran arbitrables y que España había renunciado a su inmunidad estatal. La apelación española fue rechazada en 2015. Posteriormente, el Club desafió la ejecución de una sentencia española de 2019 sobre indemnizaciones, alegando incompatibilidad con las sentencias inglesas y principios de orden público inglés relacionados con la “cosa juzgada”. Inició nuevos procedimientos de arbitraje, acusando a España de incumplimiento por no seguir el arbitraje en Londres. El tribunal de apelación confirmó que España había perdido la inmunidad respecto a las demandas de arbitraje.

8. En 2022, el TJUE se pronunció sobre el conflicto, estableciendo que las decisiones judiciales de un Estado miembro de la UE no pueden impedir el reconocimiento de resoluciones de otro Estado miembro si contradicen el Reglamento n.º 44/2001. En 2023, la *High Court of Justice* de Londres bloqueó el pago de la indemnización a España, argumentando que reconocer la sentencia española sería contrario al principio de “cosa juzgada” según la ley inglesa.

9. Ante la Cláusula “Pay to be Paid”² contenida en las reglas del Club, establece que el asegurador solo reembolsa a los miembros por reclamaciones ya pagadas por ellos. El Club utilizó esta cláusula para defender que no debía pagar a España y Francia hasta que el asegurado (el propietario del buque) pagara las reclamaciones. Los laudos arbitrales concluyeron que tanto España como Francia estaban sujetos a esta cláusula de acuerdo con las reglas del Club, limitando así la responsabilidad del Club hasta que se cumplieran estas condiciones.

10. Las recientes enmiendas propuestas a la Ley de Arbitraje de 1996³ buscan aclarar y fortalecer aspectos clave del arbitraje. Esto incluye la aclaración de la ley aplicable al acuerdo de arbitraje, el fortalecimiento de la inmunidad del árbitro, y la introducción de disposiciones para desestimar resúmenes y desafíos a los laudos arbitrales que carecen de mérito. Tras el Brexit,⁴ el Reglamento Bruselas II ha dejado de aplicarse en el Reino Unido. Aunque el Reino Unido se adhirió al Convenio de La Haya de 2005 sobre Acuerdos de Elección de Foro, este tiene un alcance limitado. Como resultado, las partes en disputas internacionales pueden preferir el arbitraje, ya que los laudos arbitrales siguen siendo reconocidos y ejecutados bajo la Convención de Nueva York, tanto en la UE como en el Reino Unido.

V. Desarrollo Jurídico en la Unión Europea

11. El TJUE abordó sendas cuestiones prejudiciales sobre el reconocimiento de sentencias relacionadas con laudos arbitrales en el contexto del Reglamento (CE) No. 44/2001⁵. Esta sentencia es crucial para entender cómo se manejan las disputas legales que involucran múltiples jurisdicciones dentro de la UE. El TJUE destacó que el arbitraje está completamente excluido del ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I. Esto implica que las decisiones judiciales derivadas de laudos arbitrales no disfrutaban automáticamente del reconocimiento mutuo entre los Estados miembros. El Tribunal enfatizó que, a pesar de la exclusión del arbitraje, ciertas sentencias podrían considerarse bajo el artículo 34(3) del Reglamento. Este artículo busca proteger la integridad del orden jurídico de los Estados miembros, evitando reconocer sentencias de otros Estados que sean incompatibles con decisiones nacionales.

12. El TJUE abordó la litispendencia, señalando que, en caso de procedimientos simultáneos en distintos Estados, el tribunal que no recibió la primera demanda debe suspender su procedimiento hasta establecer la competencia del primero. Además, resaltó la protección de las víctimas y su derecho a la justicia en sus propios Estados Miembros. El Tribunal concluyó que una sentencia derivada de un laudo arbitral puede ser considerada una “sentencia” bajo el artículo 34(3) del Reglamento. Sin embargo, esta no puede impedir el reconocimiento de una sentencia de otro Estado miembro si ambas son inconciliables.

VI. “Reglamento Bruselas I” Principio de Cosa juzgada y Litispendencia

13. El TJUE abordó cómo un laudo arbitral podría contravenir el Reglamento Bruselas I en ciertas circunstancias, particularmente en relación con la litispendencia y cláusulas compromisorias. El TJUE destacó que la litispendencia, que evita decisiones contradictorias en diferentes jurisdicciones sobre el mismo asunto, es crucial para garantizar la seguridad jurídica. Las decisiones del TJUE reflejan la importancia de adherirse a los principios del Reglamento, evitando que las sentencias arbitrales eludan el reconocimiento mutuo de sentencias.

² Mutual, S. (s. f.). *The «Pay to be paid» rule - a protected right?* <https://www.steamshipmutual.com/publications/articles/paytobepaid>

³ *Steptoe & Johnson LLP. (s. f.). UK disputes: Key considerations in the EU and the UK in 2024.*

⁴ Freshfields Bruckhaus Deringer. 2021. (s. f) *Arbitration in the EU and UK - International arbitration in 2021.* (s. f) Se puede acceder en: <https://www.freshfields.com/en-gb/our-thinking/campaigns/international-arbitration-in-2021/arbitration-in-the-eu-and-uk-a-changing-landscape/>

⁵ Reglamento (CE) no 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

14. Mencionar en este punto que Los tribunales nacionales pueden solicitar al TJUE ⁶que se pronuncie sobre cuestiones relativas a la interpretación o validez del Derecho de la Unión, lo que incluye el Reglamento n.º 44/2001. Si se trata de un órgano jurisdiccional de última instancia, está obligado a someter la cuestión al TJUE. A través de las cuestiones prejudiciales, el TJUE garantiza que la legislación de la UE se interprete y aplique de manera uniforme en todos los Estados miembros. En caso de dudas sobre la interpretación o validez de una ley de la UE, o sobre la compatibilidad de una ley o práctica nacional con la legislación de la UE, los tribunales nacionales pueden pedir una clarificación al TJUE.

15. En el presente caso, el Club apeló basándose en los principios de incompatibilidad, cosa juzgada y derechos humanos, argumentando que la ejecución de la sentencia española violaría estos principios al ser incompatible con sentencias inglesas. Sin embargo, España defendió que la incompatibilidad debe ser estrictamente interpretada y que las sentencias inglesas no eran aplicables en los tribunales españoles. El juez Mr. Butcher consideró que la cosa juzgada se originó en las decisiones de 2013 y 2015, estableciendo que España no podía basarse en una sentencia del TJUE para cuestionar la validez de las sentencias del artículo 66. Observó que el TJUE se había extralimitado en sus competencias y que la no aplicación del Reglamento a los arbitrajes no implicaba contradicción.

16. La falta de unificación en la interpretación de normas internacionales llevó a debates sobre la cosa juzgada y la litispendencia, principios fundamentales que plantearon desafíos en la búsqueda de una resolución coherente. Mr. Butcher concluyó que, dado que la sentencia inglesa caía dentro del ámbito del artículo 34 del Reglamento Bruselas I, las decisiones española e inglesa eran inconciliables, y ejecutar la sentencia española sin afectar la cosa juzgada de la inglesa no era viable. La litispendencia se reveló como un factor relevante en el caso, dada la existencia de procedimientos judiciales concurrentes en España y en Inglaterra y Gales, lo que planteó preguntas sobre la coordinación y posible interferencia entre jurisdicciones. La complejidad de armonizar sistemas legales divergentes se evidenció claramente en la dicotomía entre la cosa juzgada y la litispendencia en el caso Prestige.

17. En territorio de la Unión Europea, la litispendencia regulada a través de reglamentos comunitarios, como el Reglamento Bruselas I bis, entre otros. Se determina que, si hay demandas interpuestas en tribunales de diferentes Estados miembros de la UE sobre el mismo asunto, el tribunal que conoció del caso en segundo lugar debe suspender el procedimiento y, si el primer tribunal se declara competente, el segundo debe inhibirse en su favor. Este principio se aplica para asegurar que no haya sentencias contradictorias en diferentes países de la UE sobre el mismo asunto. Por ello la litispendencia emerge como un factor relevante en el caso Prestige. La existencia de procedimientos judiciales concurrentes en España y en Inglaterra y Gales ha suscitado preguntas cruciales sobre la litispendencia. La iniciación del procedimiento arbitral mientras aún estaba pendiente otro proceso ante los tribunales españoles plantea interrogantes sobre la coordinación de los procedimientos y la posible interferencia entre jurisdicciones. La dicotomía entre la cosa juzgada y la litispendencia en el caso Prestige destaca la complejidad de armonizar sistemas legales divergentes. En el ámbito comunitario, se aplica el reconocimiento automático de sentencias, mientras que en el ámbito internacional (fuera de la UE) se requieren mecanismos adicionales para reconocer y ejecutar sentencias extranjeras, teniendo en cuenta las leyes nacionales y las normativas internacionales aplicables.

VII. Jurisdicción y competencia, el supuesto incumplimiento por parte de España de su obligación equitativa de arbitrar sus acciones directas contra el Club.

18. El Juez Mr. Butcher al dictaminar la sentencia busca contextualizar los aspectos en los cuales España se basó para poder impugnar el Laudo de Gross con relación a la Sentencia del TJUE con el fin de conceder la apelación para España, la cual fue desestimada por los siguientes motivos:

⁶ Tribunal de Justicia de la Unión Europea | Unión Europea. (s. f.). European Union. https://european-union.europa.eu/institutions-law-budget/institutions-and-bodies/search-all-eu-institutions-and-bodies/court-justice-european-union-cjeu_es

19. En cuanto a la Jurisdicción y competencia, ha argumentado que *Sir Peter Gross* no carecía de competencia, a pesar de las disposiciones del Reglamento, ya que las cláusulas de arbitraje, involucradas en el caso, no entran dentro del ámbito de aplicación del Reglamento y no deben equipararse a cláusulas de jurisdicción. Por tanto, establece que la jurisdicción del *Sir Peter Gross* se fundamenta en la existencia de una obligación equitativa vinculante por parte de España de arbitrar cualquier reclamación que pudiera presentar contra el Club. Además, se destaca que las disposiciones de un Reglamento que no se aplica al arbitraje no afectan esta obligación equitativa. La sentencia del TJUE no aborda específicamente la cuestión de la competencia del árbitro, y resulta evidente que este no fue un asunto que se sometiera a consideración, independientemente de lo que se haya remitido o no. No obstante, España intentó plantear un argumento respecto a la competencia del árbitro al hacer referencia a en los fundamentos modificados de su apelación ante el Tribunal Supremo. La Corte Suprema, al denegar el permiso, se sustentó en la premisa de que no se presentaba ningún punto de derecho discutible.

20. En el derecho anglosajón, el “incumplimiento de obligación equitativa”⁷ se define como la falta de cumplimiento de un deber o compromiso establecido bajo principios de equidad y justicia, aplicables tanto en contextos legales como contractuales. Esta obligación implica una conducta justa, imparcial y alineada con principios de buena fe. Este concepto jugó un papel crucial en el caso del Club Prestige, especialmente en la decisión tomada por el juez Mr. Butcher respecto a las acciones emprendidas por España. De acuerdo con la interpretación jurídica en este caso, se determinó que España tenía una obligación equitativa de llevar a arbitraje cualquier reclamación contra el Club, conforme a las cláusulas de arbitraje implicadas. El juez Butcher argumentó que estas cláusulas de arbitraje no están sujetas al ámbito del Reglamento de la Unión Europea y no deben ser consideradas equivalentes a cláusulas de jurisdicción. Por lo tanto, la jurisdicción del árbitro, *Sir Peter Gross* en este caso, se basó en la existencia de una obligación equitativa vinculante por parte de España. El impacto de la noción de obligación equitativa en la decisión del juez Butcher resultó ser significativo, ya que se estableció la base para una posible reparación monetaria en favor del Club, independientemente de la existencia de una orden judicial específica. Este enfoque implica que el incumplimiento de la obligación equitativa por parte de España podría conllevar a una compensación por los daños y perjuicios causados, fortaleciendo así la posición del Club en su disputa legal contra España.

VIII. ¿Seguridad Jurídica Internacional o Protección de intereses por tradición?

21. De lo anteriormente expuesto con respecto a la Cosa Juzgada, la Litispendencia y la argumentación de Mr. Butcher, podríamos plantearnos las siguientes incógnitas: ¿España realmente se encuentra en igualdad de condiciones jurídicas al estar sometida al Derecho Inglés? ¿Cuál es el alcance de las decisiones del TJUE?

22. Las respuestas a estas interrogantes no parecen ser muy claras y hasta podrían ser bastante controversial. Sin embargo, con respecto a la primera pregunta, sería conveniente analizar el rol que ha desempeñado el Estado España en este proceso legal; Desde el inicio de esta catástrofe España ha figurado un papel activo y diligente por proteger los intereses nacionales y medio ambientales. Aunque se podría cuestionar por qué decidió no formar parte del primer Laudo Arbitral de Schaff, concluido el laudo a España no le quedo otra opción que someterse al *Common Law* para enfrentarse al Club en su propio campo, cuando perdió la inmunidad de Estado por “acordar por escrito” someter la disputa al arbitraje según el artículo 9 de la Ley de Inmunidad del Estado de 1978. A partir de estos hechos se podría considerar que España ha estado en un recorrido judicial sin éxito, siendo el País más afectado en cuanto a daños económicos y medioambientales. La Justicia británica a grosso modo parece estar parcializada

⁷ J. Gálvez CDL: “El hundimiento de la sentencia española del ‘Prestige’ en la jurisdicción de Inglaterra y Gales 2023,” Octubre, 2023 *Conflegal*. <https://conflegal.com/20231024-el-hundimiento-de-la-sentencia-espanola-del-prestige-en-la-juris-diccion-de-inglaterra-y-gales-iii/>

por velar los intereses que como País de tradición marítima poseen, otorgando quizás, una seguridad jurídica no muy mesurada a su industria histórica de P & I. Este conflicto de intereses podría desvirtuar la consolidación de la justicia para España.

23. En cuanto a la segunda incógnita, debemos de tener en cuenta factores claves como lo son la fecha del fallo del TJUE y la separación de Reino Unido del Brexit. Recordemos que el TJUE se pronuncia el 20 de junio de 2022, donde concluyó que el arbitraje británico no puede bloquear el reconocimiento y la ejecución de la sentencia española. El reconocimiento de la Sentencia española se realizó antes de la salida de Reino Unido de la U.E el 31 de enero del 2020, por lo que el procedimiento a seguir era el mismo según el Acuerdo de Retirada. Sin embargo, la justicia británica, argumenta que el TJUE extralimitó sus funciones e impide la materialización de la justicia a través del arbitraje, por ende, una vez más queda demostrado la difícil interacción entre TJUE (Reglamento de Bruselas I) y conflictos de arbitraje, sin dejar de hacer mención al caso de *West Tankers*⁸ que es una referencia en este ámbito, donde vuelve a plasmarse la incongruencia e inseguridad jurídica derivada de la incorrecta interpretación de las normas internacionales.

IX. Medidas alternativas de reclamación

24. Ante el presente caso del hundimiento del buque Prestige en 2002, considerado uno de los peores desastres medioambientales, ha generado un prolongado proceso legal. En 2016, el Tribunal Supremo de España emitió una sentencia en la causa penal, asignando una responsabilidad civil de más de 4.328 millones de euros, una cifra que supera lo establecido en la póliza de seguro. A pesar de que “The London P&I Club” no estuvo personado directamente en la causa penal, sus intereses fueron defendidos y, finalmente, el Tribunal Supremo los condenó a pagar 1.573 millones de euros.

25. En respuesta a esta decisión, y tras la negativa de los tribunales británicos de ejecutar la sentencia del Tribunal Supremo español, la asociación ecologista Arco Iris ha anunciado planes para solicitar el embargo de todos los bienes del club en la Unión Europea. Esta acción refleja un esfuerzo significativo de la asociación para buscar justicia y reparación por los daños medioambientales causados. En este contexto, se destaca el cambio en la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España, donde desde 2010, las empresas pueden ser imputadas como las personas físicas.

26. El cambio en la legislación española respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, implementado en 2010, marca un hito importante en el ámbito del derecho penal y ambiental. Antes de esta modificación, el principio legal “Societates delinquere non potest” regía, lo cual significaba que las empresas, como entidades corporativas, no podían ser consideradas responsables penalmente por delitos. Con la introducción del artículo 31 bis en el Código Penal en 2010,⁹ este paradigma cambió drásticamente. Desde entonces, las personas jurídicas, es decir, las empresas y corporaciones, pueden ser imputadas y responsabilizadas penalmente por delitos cometidos en su nombre, bajo su beneficio o por falta de supervisión y control adecuado.

27. En el caso del desastre del Prestige, esta modificación legal tiene implicaciones profundas. El Club como aseguradora del buque Prestige, entra en el ámbito de esta responsabilidad ampliada. Aunque el desastre ocurrió antes de la reforma del 2010, la persistencia de los procedimientos legales y la búsqueda de reparación por parte de entidades como Arco Iris han mantenido el caso en el ámbito legal. La posibilidad de responsabilizar a la compañía de seguros penalmente, y no solo en términos de

⁸ STJUE de 10 de febrero de 2009, *Allianz SpA, formerly Riunione Adriatica di Sicurtà and Generali Assicurazioni Generali SpA v. West Tankers Inc.* ECLI:EU:C:2009:69

⁹ *Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.* (s. f.) BOE-A-2010-9953

responsabilidad civil, representa un cambio sustancial en cómo se puede abordar la justicia en casos de daños ambientales significativos. Este cambio legislativo refleja un reconocimiento creciente de que las corporaciones, al igual que los individuos, deben adherirse a estándares legales y éticos, especialmente en áreas críticas como la protección del medio ambiente. Al permitir la imputación penal de las personas jurídicas, se fortalece el marco legal para la protección del medio ambiente y se envía un mensaje claro de que la negligencia corporativa y las malas prácticas no quedarán impunes.

X. Consideraciones finales

28. El presente caso genera una compleja amalgama de derecho marítimo internacional, arbitraje, derecho ambiental, y derecho de la Unión Europea.

29. 22 años después de aquel fatídico hecho que marco la historia de España y el mundo marítimo. A la luz de los hechos, los fenómenos jurídicos seguirán avanzando a medida que así evolucione las necesidades del Derecho, en cuanto a la intersección de la cosa juzgada y la litispendencia, se hace evidente la necesidad de una coordinación internacional más efectiva en la resolución de disputas transfronterizas. La armonización de conceptos legales fundamentales, como la cosa juzgada y la litispendencia, podría allanar el camino para una mayor coherencia en el ámbito internacional, evitando conflictos jurídicos como los observados en el caso *Prestige*.

30. En cuanto a la Jurisdicción y Arbitraje, El enfoque del Club de iniciar un procedimiento arbitral en el Reino Unido, amparándose en la cláusula de arbitraje y la cláusula “pay to be paid”, resalta la preferencia por mecanismos de resolución de disputas privados en el ámbito internacional, especialmente en asuntos de responsabilidad civil y daños ambientales.

31. El debate sobre la incompatibilidad de la Sentencia española con las sentencias inglesas bajo la sección 66 de La Ley de Arbitraje, y el principio de cosa juzgada, pone de manifiesto la complejidad en la ejecución de sentencias transfronterizas, especialmente cuando entran en conflicto con decisiones arbitrales y los principios de orden público de diferentes jurisdicciones.

32. El papel del TJUE en determinar que los laudos arbitrales (conforme a la *sección 66 del Arbitration Act de 1996*) no son considerados ‘sentencias’ bajo ciertas disposiciones del *Reglamento Bruselas I*, destaca la tensión entre la ley de arbitraje y las normativas de la Unión Europea, así como la importancia del principio de *confianza mutua* y la coherencia del sistema legal de la UE. El análisis del TJUE sobre la incompatibilidad y la cosa juzgada, especialmente en contextos donde dos tribunales están ante el mismo caso, refleja la necesidad de evitar decisiones contradictorias y garantizar la seguridad jurídica y la protección de las partes involucradas.

33. Las sentencias españolas y sus derivas judiciales inglesas y europeas plantea una sensible dicotomía respecto del derecho de los propietarios a limitar su responsabilidad frente a los accidentes de derrame por hidrocarburos, esta quiebra al derecho de los armadores debe considerarse de manera muy restrictiva, se debe trabajar en la búsqueda de una interpretación unificada y con ello crear una mayor seguridad jurídica. En las pasadas sesiones del comité legal de la OMI sobre esta cuestión, se estableció que debía realizarse la interpretación del convenio CLC de manera muy restrictiva y que se debía exigir una culpabilidad superior a la conducta dolosa y que el término “temerariamente” debe ir acompañado de un conocimiento con causa de que el daño se va a originar, en un lenguaje coloquial lo determinaríamos como “a sabiendas” y que por ello los jueces deben aplicar esta exclusión a la limitación de forma muy restrictiva.

Incoación expropiatoria del palacio de los Álava-Esquivel desde el Derecho español y el Derecho internacional

Expropriation initiation of the Alava-Esquivel Palace from Spanish Law and International Law

HEGOA IBAZETA VILLA

Historiadora de Arte

Alumna del Máster Universitario en Investigación en Derecho de la Cultura por la UNED y la UC3M

Recibido: 11.12.2023 / Aceptado: 17.01.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8448

Resumen: El Palacio de los Álava Esquivel, inmueble situado en Vitoria-Gasteiz, está declarado como patrimonio cultural vasco. Sin embargo, su propietario es el Ayuntamiento de Tánger. Actualmente, el palacio vitoriano se encuentra deteriorado y en peligro de desprendimiento por el incumplimiento de los deberes como propietario de la municipalidad de Tánger. Por ello, el presente estudio plantea la incoación expropiatoria del inmueble, por y para el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, a través de una expropiación unilateral y/o un acuerdo de suma global.

Palabras clave: Patrimonio cultural. Expropiación. Acuerdos de suma global. Indemnización. Inmunidad.

Abstract: The Álava Esquivel Palace, a property located in Vitoria-Gasteiz, is declared Basque cultural heritage. However, its owner is the Tangier City Council. Currently, the Vitorian palace is deteriorated and in danger of falling, due to non-compliance with its duties as owner of the municipality of Tangier. For this reason, this study proposes the expropriation of the property, by and for the Vitoria-Gasteiz City Council, through a unilateral expropriation and/or a lump sum agreement.

Keywords: Cultural heritage. Expropriation. Lump sum agreements. Compensation. Immunity.

Sumario: I. Introducción. II. Historia y contexto del Palacio de los Álava-Esquivel. 1. Historia patrimonial del Palacio de los Álava-Esquivel. 2. Situación actual del Palacio de los Álava-Esquivel. 3. Relaciones bilaterales entre España y Marruecos. III. Expropiación de un inmueble de propiedad extranjera. 1. Concepto expropiatorio y su ley aplicable. 2. Competencias internas españolas. 3. Inmunidad del Estado extranjero y sus bienes ante tribunales españoles. IV. Normativa legal para la expropiación. 1. Legislación del Derecho español. 2. Normativa y jurisprudencia internacional. 3. Acuerdos de suma global. V. Indemnización por expropiación. 1. Concepto indemnizatorio. 2. Indemnización en el Derecho español. 3. Indemnización en la práctica internacional. 4. Indemnización en los acuerdos de suma global en la práctica española. 5. Indemnización por la expropiación del Palacio de los Álava-Esquivel. VI. Conclusiones.

I. Introducción

1. El Palacio de los Álava-Esquivel es un inmueble histórico de propiedad extranjera que se halla en territorio español. Situado en la capital vasca Vitoria-Gasteiz, España, el inmueble es patrimonio cultural vasco, y propiedad del Ayuntamiento de Tánger. Sin embargo, el palacio vitoriano se encuentra deteriorado y en peligro de desprendimiento por el incumplimiento de los deberes como propietario de la municipalidad de Tánger. Por lo tanto, a falta de un transferimiento de propiedad voluntario entre las partes implicadas, el presente estudio plantea la incoación del expediente expropiatorio del inmueble por causa de utilidad pública. Esta privación comprende dos posibles procesos: la expropiación administrativa y/o el acuerdo bilateral de suma global. Igualmente, la presente investigación desarrolla el valor indemnizatorio de la privación del inmueble.

2. Cabe precisar que, esta incoación expropiatoria tiene como objeto la privación de un bien de propiedad extranjera. De hecho, las partes implicadas son dos organismos públicos de diferentes Estados, precisamente, de España y Marruecos. Así pues, esta privación de propiedad es un acto de Estado y se ejerce a través del Derecho interno español. En efecto, la privación del palacio solo podrá ser revisada en los tribunales españoles. No obstante, el proceso y la modalidad de esta privación también se justifican a través de la normativa y práctica del Derecho internacional público. De cualquier forma, el trabajo entiende el término expropiación según la conceptualización del mismo en el Derecho español, y no según el argot internacional. Igualmente, el presente trabajo no distingue entre indemnización y compensación, aunque la doctrina anglosajona solo se refiera a esta última.

3. Por último, nótese que la presente investigación no evalúa la privación del suelo y del edificio contiguo del Palacio de los Álava-Esquivel. Pese a que la privación de los mismos pueda ser posible, se ha requerido profundizar únicamente en la incoación expropiatoria del palacio. En suma, para salvar el Palacio de los Álava-Esquivel en la mayor brevedad posible, la privación aislada del palacio se requiere más factible por cuestiones de propiedad, proceso privativo y cuantía indemnizatoria.

II. Historia y contexto del palacio de los Álava-Esquivel

1. Historia patrimonial del Palacio de los Álava-Esquivel

4. El Palacio de los Álava-Esquivel, situado en el Casco Antiguo de Vitoria-Gasteiz, España, es un bien inmueble declarado como patrimonio cultural vasco¹. A su vez, el derecho de propiedad del palacio recae en el Ayuntamiento de Tánger, Marruecos. Sin embargo, aunque el inmueble esté habilitado actualmente como casa de vecindad², en el año 2022, Hispania Nostra incluyó el palacio en la lista roja del patrimonio cultural por “grave peligro de desprendimientos”³.

5. El Palacio de los Álava-Esquivel es un edificio renacentista. Su antigua fachada principal se encuentra en la calle Zapatería, la actual fachada en cambio, en la calle Herrería. El inmueble fue edificado por los Álava, familia ilustre y de gran influencia en la ciudad. Así, el palacio fue construido entre 1488 y 1535 por iniciativa del matrimonio compuesto por Pedro Martínez de Álava y María Díez de Esquivel. Posteriormente, Diego Martínez de Álava, hijo del matrimonio, efectuó ampliaciones en

¹ Gobierno vasco, Departamento de Cultura y Deporte, Patrimonio Cultural. (2023?). <https://www.euskadi.eus/app/ondarea/patrimonio-construido/casa-alava-esquivel/palacio/vitoria-gasteiz/vitoria-gasteiz-casco-historico/fichaconsulta/28106>

² Actualmente tiene habitadas 10 de sus 16 viviendas, en CANCHO, R. (2023, 21 de abril). Vitoria intentará expropiar a Tánger el palacio Álava-Esquivel. *El Correo*. Recuperado el 12 de mayo de 2023 de <https://www.elcorreo.com/alava/araba/ayuntamiento-intentara-expropiar-tanger-palacio-alavaesquivel-20230421160502-nt.html>

³ Hispania Nostra, Lista Roja, palacio de Álava-Esquivel. (2023?). <https://listaroja.hispanianostra.org/ficha/palacio-alava-esquivel/>

el inmueble⁴. Por último, Miguel Ricardo de Álava, más conocido como General Álava, cerró en 1865 la fachada de Herrería mediante una verja, para dar paso a la creación de lo que es ahora un jardín⁵. Respecto a la titularidad del palacio, este era en el siglo XIX, propiedad del mencionado General Álava, militar distinguido y heredero del patrimonio de los Álava⁶. No obstante, cuando el General Álava murió en 1843, su hermano José Ignacio heredó su patrimonio⁷. Eventualmente, José Ignacio de Álava se casó con Joaquina Carrión, y tuvieron un hijo llamado Ricardo de Álava y Carrión⁸. Este último dilapidó la fortuna de su familia, por lo que fue el último de los Álava en poseer el Palacio de los Álava-Esquivel⁹. En concreto, Ricardo de Álava y Carrión pagó con el transferimiento de la propiedad del palacio, la deuda de juego contraída con su amigo Joaquín Ignacio de Figueroa y Mendieta, político español y esposo de la primera condesa de Tovar, Ana de Torres y Romo¹⁰. Este matrimonio tuvo un hijo llamado Rodrigo de Figueroa y Torres, Marqués de Tovar, quien a su vez, tuvo un hijo llamado Ignacio de Figueroa y Bermejillo, II Duque de Tovar¹¹. El II Duque de Tovar, Caballero de la Orden de Santiago y de Malta, fue el último propietario español del Palacio de los Álava-Esquivel¹². Igualmente, este era oficial del ejército, y cayó herido durante la Campaña en África del Norte¹³. Así pues, el II Duque de Tovar fue cuidado y atendido por los tangerinos, en Tánger, hasta su recuperación¹⁴. Finalmente, el duque murió sin descendientes en 1953 y el ducado de Tovar lo heredó su hermano Alfonso de Figueroa y Bermejillo¹⁵. Sin embargo, el heredero universal de sus bienes era el organismo estadounidense National Cancer Institute, aunque en el caso de que este no aceptara la herencia, tal como pasó, el duque estipuló que su patrimonio lo heredaría la administración municipal de Tánger¹⁶. Mismamente, uno de los requisitos para que Tánger recibiera la herencia del duque, fue que la ciudad construyera un hospital con parte del capital heredado¹⁷. De hecho, dicho hospital es el que hoy se conoce como Hospital Duque de Tovar, en la calle Sidi Amar. Por consiguiente, la titularidad del Palacio de los Álava-Esquivel fue transferida a la municipalidad tangerina, cuando esta aún era parte del Protectorado Español. Después, en 1956 se creó el Reino de Marruecos y Tánger se integró en él.

2. Situación actual del Palacio de los Álava-Esquivel

6. Para finales del año 2023, el Ayuntamiento de Tánger ha acumulado la deuda económica de 383.825,47 euros con el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, por el incumplimiento de los deberes como propietario para con el Palacio de los Álava-Esquivel¹⁸. De hecho, al Ayuntamiento de Tánger le competen 9 multas coercitivas por el gasto de las obras subsidiarias del inmueble asumidas por la Administra-

⁴ Testigos de la historia. Un recorrido por las casas señoriales, viviendas, torres y palacios del Casco Histórico. (2023?). Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz. p. 5. <https://www.vitoria-gasteiz.org/docs/wb021/contenidosEstaticos/adjuntos/es/88/93/88893.pdf>

⁵ *Id.*

⁶ F. GÓNGORA. (2017, 5 octubre). El último de los Álava o cómo perder un palacio por el vicio del juego. *El Correo*. Recuperado el 6 de junio de 2022, de <https://www.elcorreo.com/alava/araba/ultimo-alava-perder-20171005185238-nt.html>

⁷ *Id.*

⁸ *Id.*

⁹ *Id.*

¹⁰ *Id.*

¹¹ *Id.*

¹² *Id.*

¹³ J. CABALEIRO LARRÁN. (2017, 5 julio). Vitoria-Gasteiz, capital solidaria con el Sahara y con el Palacio marroquí. *Periodistas en español*. Recuperado 19 de septiembre de 2022, de <https://periodistas-es.com/vitoria-gasteiz-capital-solidaria-con-el-sahara-y-con-palacio-marroqui-130631>

¹⁴ *Id.*

¹⁵ S. CARRACEDO. (2016, 24 febrero). ¿Cómo acabó un palacio del Casco Viejo de Vitoria en manos de Marruecos? *El Correo*. Recuperado el 19 de septiembre de 2022, de

<https://www.elcorreo.com/alava/araba/201602/24/como-acabo-palacio-casco-20160223192931.html>

¹⁶ *Id.*

¹⁷ *Id.*

¹⁸ R. RUIZ DE GAUNA. (2023, 25 de septiembre). La deuda de Tánger con Vitoria asciende ya a 383.825 euros. Recuperado el 29 de septiembre de 2023 de <https://www.noticiasdealava.eus/gasteiz/2023/09/25/deuda-tanger-vitoria-asciende-383-7300194.html>

ción vitoriana¹⁹. No obstante, la mencionada deuda total, podría no corresponder exclusivamente a las multas coercitivas, ya que esta podría abarcar también los impuestos impagados, por ejemplo.

7. En concreto, desde el 2015 hasta el 2023, el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz estuvo presidido por el Partido Nacionalista Vasco (PNV), junto al alcalde Gorka Urtarán. En 2015, Ararteko, Defensoría del Pueblo del País Vasco, denunció a petición de los residentes del Palacio de los Álava-Esquivel, el mal estado de conservación del edificio y su peligro para los inquilinos²⁰. En consecuencia, Ararteko planteó la viabilidad jurídica de la expropiación del palacio por parte del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, *por la inobservancia de los deberes de conservación y mantenimiento de los inmuebles* por parte del Ayuntamiento de Tánger²¹. Al tiempo, el 23 de febrero de 2016, el alcalde de Tánger, Bachir Abdellaoui, y el Cónsul de Marruecos en Bilbao, Kamal El Mahdaoui, visitaron Vitoria-Gasteiz²². El alcalde tangerino pagó la deuda del Ayuntamiento de Tánger que ascendía a 17.000 euros por ejecución subsidiaria y obras de estabilización del palacio ejecutadas por el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz²³. Igualmente, el alcalde de Tánger se comprometió a encargarse de la redacción de un proyecto de rehabilitación del inmueble²⁴. Esta necesidad de rehabilitación del palacio era debido a los problemas de humedad en el interior del mismo, en la fachada y en la cubierta²⁵. De hecho, el mes siguiente, el grupo político Irabazi denunció que se desprendió parte del techo de una habitación y que el inmueble sufría de humedades e infiltraciones de agua²⁶. Después, en el mes de junio del mismo año, visitaron la ciudad vitoriana el Cónsul de Marruecos, el Jefe de la División Urbanística del Ayuntamiento de Tánger y un arquitecto tangerino para reunirse con los técnicos municipales de la ciudad²⁷. Sin embargo, a pesar de las correspondientes visitas y acuerdos diplomáticos, las confirmaciones de Tánger de reformar el edificio no se materializaron. De esta manera, el Ayuntamiento de Tánger siguió acumulando multas coercitivas año tras año, por incurrir ininterrumpidamente en la dejación de sus deberes como propietario. A su vez, el 20 de febrero de 2017, los partidos políticos EH Bildu y Elkarrekin Podemos reclamaron al Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz que, el inmueble fuese expropiado²⁸. No obstante, la posibilidad de que el ayuntamiento expropiara el Palacio de los Álava-Esquivel, en palabras de Itziar Gonzalo, Concejala de Urbanismo, era en ese momento “inasumible para la situación económica del Ayuntamiento”²⁹. Más adelante, en abril del mismo año, Tánger comunicó haberse comprometido con un gabinete de arquitectura para el proyecto de rehabilitación, aun habiendo sobrepasado la fecha límite estipulada por el consistorio vitoriano para que este nombrase a un arquitecto³⁰. De todos modos, no hubo más señales por parte de la administración

¹⁹ *Id.*

²⁰ Resolución 2015R-584-15 del Ararteko de 2 de octubre de 2015, por la que se recomienda al Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz tomar las medidas correspondientes para hacer cumplir las órdenes de ejecución dictadas para la conservación y rehabilitación de un inmueble en Vitoria-Gasteiz. Antecedentes 1. https://www.ararteko.eus/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0_3780_3.pdf

²¹ *Ibid.* Consideraciones 3.

²² Tánger rehabilitará por fin su palacio en el Casco Viejo. (2016, 23 febrero). *Gasteiz Hoy*. Recuperado el 19 de septiembre de 2022, de <https://www.gasteizhoy.com/tanger-rehabilitara-por-fin-su-palacio-en-el-casco-viejo>

²³ *Id.*

²⁴ *Id.*

²⁵ I. AGOTE. (2016, 23 febrero). Tánger salda su deuda con Vitoria y se compromete a rehabilitar el Palacio Álava-Esquivel. *El Correo*. Recuperado el 19 de septiembre de 2022, de <https://www.elcorreo.com/alava/araba/201602/23/marruecos-compromete-rehabilitar-palacio-20160223162156.html>

²⁶ Cae el techo de una habitación en el palacio de los Álava, propiedad de Tánger. (2016, 21 marzo). *Gasteiz Hoy*. Recuperado el 19 de septiembre de 2022, de <https://www.gasteizhoy.com/cae-el-techo-de-una-habitacion-en-el-palacio-de-los-alava-propiedad-de-tanger/>

²⁷ I. GONZALO. (2016, 6 junio). *Tánger acometerá actuaciones menores en el palacio Álava-Esquivel previas al proyecto de rehabilitación integral*. Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz. [Comunicado de prensa]. <https://blogs.vitoria-gasteiz.org/medios/2016/06/06/tangerrek-lan-txiki-batzuk-egingo-ditu-alaba-eskibel-jauregian-hura-osorik-birgaitzeko-proiektuari-ekin-aurretik/>

²⁸ N. GATÓN. (2017, 20 febrero). La oposición pide expropiar a Tánger el palacio Álava-Esquivel. *Gasteiz Hoy*. Recuperado el 19 de septiembre de 2022, de <https://www.gasteizhoy.com/tanger-palacio-alava-esquivel/>

²⁹ J. L. CATÓN. (2017, 21 marzo). Expropiar el palacio Álava-Esquivel es “inasumible”. Noticias de Álava. Recuperado el 19 de septiembre de 2022, de <https://www.noticiasdealava.eus/2017/03/21/araba/expropiar-el-palacio-alava-esquivel-es-inasumible>

³⁰ A. SALAZAR. (2017, 4 julio). Vitoria ya ha iniciado los trámites para asumir las obras del Álava-Esquivel. *Noticias de Álava*. Recuperado el 19 de septiembre de 2022, de <https://www.noticiasdealava.eus/alava/2017/07/04/vitoria-iniciado-tramites-asumir-obras-1391419.html>

tangerina, por lo que el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz dió comienzo al proceso de rehabilitación del inmueble mediante la ejecución subsidiaria³¹. Después, Itziar Gonzalo, en la Comisión de Urbanismo el 3 de julio de 2017, hizo saber lo siguiente:

*con fecha a 19 de junio se ha acusado un requerimiento a la municipalidad de Tánger; teniendo en cuenta que, al no haber dado cumplimiento de forma voluntaria a la orden que le habíamos trasladado, estamos procediendo a la ejecución subsidiaria, que es la contratación del proyecto para la rehabilitación, y que los gastos que se originen le serán repercutidos después, a su costa*³².

8. A continuación, en enero de 2018, el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz recibió una carta de Marruecos a través del Consulado General de Marruecos en Bilbao³³. La carta alegaba que, Tánger tenía intenciones de vender el Palacio de los Álava-Esquivel al Estado marroquí por un precio simbólico, para que así, Marruecos lo cediera a la ciudad vitoriana³⁴. La razón de esta posible compraventa era la “incapacidad para proporcionar recursos financieros adecuados” del Ayuntamiento de Tánger para “restaurar” la “situación vulnerable” del palacio³⁵. En cambio, no hubo ningún desarrollo conocido sobre lo mencionado. Así, el edificio continuó inestable, tanto que a principios del año 2020 se cayó el techo de los trasteros debido a una fuga de agua, y se necesitó la intervención de los bomberos para repararla³⁶. Entre tanto, la asesoría local que representaba la ciudad marroquí rescindió su contrato con Tánger por varios incumplimientos³⁷ y pérdida de contacto con la ciudad³⁸. Esto supone que, al parecer, los inquilinos que viven en el edificio no pagan el alquiler³⁹, y que se hallan en una incertidumbre legal. A su vez, Elkarrekin Podemos pidió al Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz que estudiara la expropiación del inmueble de manera urgente⁴⁰. Ahora bien, en los meses de verano de 2022, un representante del Ayuntamiento de Tánger se personó en Vitoria-Gasteiz y visitó, a su vez, el Palacio de los Álava-Esquivel⁴¹. Ana Oregi comentó que, el mismo representante *llegó a pedir el número de cuenta del Ayuntamiento, se interesó por el volumen de la deuda y se comprometió a abordar un calendario de pagos*⁴². Sin embargo, no se confirmó pago alguno y la octava multa fue remitida a la municipalidad marroquí en el mes de septiembre del mismo año⁴³. Por lo tanto, Elkarrekin Podemos volvió a insistir en la necesidad de expropiar el edificio *tras detectar nuevos riesgos de desprendimiento en el deteriorado inmueble*, corroborados por un informe municipal de febrero de 2023⁴⁴. Mismamente, los elementos protectores como las redes, están dispuestos en las fachadas de Herrería y Zapatería del inmueble, y según Elkarrekin Podemos, estos “incrementan los riesgos de desprendimiento”⁴⁵. La cuestión es que la idea del gabinete de Gorka Urarán era *agotar el plazo de diez multas y, si continúa igual, valorar la ejecución subsidiaria o la ex-*

³¹ *Id.*

³² *Id.*

³³ J. CABALEIRO. (2020, 21 mayo). Palacio Álava-Esquivel, sin acuerdo entre Vitoria y Tánger. *Diario Calle de Agua*. Recuperado el 19 de septiembre de 2022, de <http://www.diariocalledeagua.com/es/actualidad/palacio-%C3%A1lava-esquivel-sin-acuerdo-entre-vitoria-y-t%C3%A1nger>

³⁴ *Id.*

³⁵ *Id.*

³⁶ *Id.*

³⁷ O. BRAVO. (2021, 9 marzo). Vitoria podría expropiar a Tánger el Palacio Álava Esquivel. *Gasteiz Hoy*. Recuperado el 19 septiembre de 2023, de <https://www.gasteizhoy.com/palacio-alava-esquivel-expropiacion/>

³⁸ N. GATÓN. (2022, 20 abril). El palacio de Tánger en Vitoria entra en lista roja por «peligro de derrumbe». *Gasteiz Hoy*. Recuperado 19 de septiembre de 2022, de <https://www.gasteizhoy.com/derrumbe-alava-esquivel/>

³⁹ O. BRAVO. *op. cit.*

⁴⁰ N. GATÓN. *op. cit.*

⁴¹ J. L. DEL CAMPO. (2022, 13 diciembre). La Diputación tendrá que asumir la obra de ejecución subsidiaria en Álava Esquivel. *Noticias de Álava*. Recuperado el 3 de febrero de 2023 de <https://www.noticiasdealava.eus/alava/2022/12/13/diputacion-tendra-asumir-obra-ejecucion-6292122.html>

⁴² *Id.*

⁴³ *Id.*

⁴⁴ N. LANA. (2023, 30 marzo). ¿Cómo expropiar a Tánger su palacio en el Casco Viejo? *Gasteiz Hoy*. Recuperado el 3 de febrero de 2023 de <https://www.gasteizhoy.com/palacio-alava-esquivel-multas/>

⁴⁵ *Id.*

propiación, como indicó Ana Oregi⁴⁶. Posteriormente, con el cambio del Gobierno municipal en junio de 2023, la ciudad vitoriana es actualmente gobernada por el Partido Socialista de Euskadi con la alcaldía de Maider Etxebarria. Por su parte, Borja Rodríguez, actual concejal de Urbanismo, apela sobre la cuestión del inmueble que, *habrá que valorar si se opta por la vía expropiatoria o un acuerdo con Tánger*⁴⁷.

3. Relaciones bilaterales entre España y Marruecos

9. El Reino de Marruecos fue Protectorado español desde 1912 hasta el 2 de marzo de 1956, año en el que Marruecos se independizó del Reino de España y de la República Francesa. Además, tanto España como Marruecos son Estados Miembros de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Precisamente, España se adhirió a la organización el 14 de diciembre de 1955, y Marruecos el 12 de noviembre de 1956⁴⁸. Ambos países son monarquías parlamentarias⁴⁹ y los respectivos reyes y jefes de Estado son Felipe VI y Mohamed VI. Asimismo, en aplicación del Decreto de 5 de febrero de 2015, sin incluir al Sáhara Occidental, Marruecos se divide en 11 regiones administrativas⁵⁰. La ciudad Tánger, en concreto, está integrada en la región Tánger-Tetuán-Alhucemas. Respecto a la política exterior de Marruecos, en las últimas décadas, este ha ido consolidando su influencia en la geopolítica internacional y en el Magreb. Por un lado, Marruecos representa para España, un socio del Estrecho para poder invertir en un país en desarrollo. Por otro lado, tanto para España como para Europa, Marruecos es el guardián de la frontera sur con África. De esta manera, desde Europa se procura reducir la presión migratoria, pero también el tráfico de estupefacientes y el radicalismo islámico. A la inversa, España constituye para Marruecos, la vía hacia Europa.

10. Las relaciones bilaterales entre España y Marruecos, están hiladas por varios pactos en aras de gestionar y cooperar mutuamente. En primer lugar, está el Convenio de Cooperación Cultural entre el Gobierno de España y el Gobierno del Reino de Marruecos, hecho en Rabat el 14 de octubre de 1980⁵¹. Este convenio destaca *los lazos tradicionales y múltiples que existen desde hace siglos entre los dos “pueblos”*⁵², e impulsa la cooperación entre ambos países en sectores como la educación, cultura, ciencia, arte, juventud y deporte. Por lo tanto, los dos Estados se comprometen a impulsar, por ejemplo, proyectos comunes para la “restauración y conservación de monumentos”⁵³. A su vez, el convenio concluye que, lo que sea decidido en las reuniones de la “comisión mixta” y *consignado en el acta final, tendrá carácter obligatorio para los dos países*⁵⁴. Por otro lado, está el Tratado de amistad, buena vecindad y cooperación entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, hecho en Rabat, el 4 de julio de 1991⁵⁵. Este tratado destaca especialmente por algunos de sus principios generales. El primer Principio General de “Respeto a la legalidad internacional” estipula que, España y Marruecos se comprometen a cumplir tanto las normas del Derecho internacional consuetudinario como *aquellas que deriven de tratados u otros acuerdos*,

⁴⁶ J. L. DEL CAMPO. (2022, 10 enero). Tánger debe 126.400 euros por Álava Esquivel. *Noticias de Álava*. Recuperado el 16 de enero de 2022 de <https://www.noticiasdealava.eus/alava/2022/01/10/tanger-debe-126-400-euros-1046321.html>

⁴⁷ I. CRESPO. (2023, 25 de septiembre). Vitoria dice ahora que expropiar el palacio Álava-Esquivel a

Tánger «debe ser la última opción». Recuperado el 29 de septiembre de 2023 de

<https://www.elcorreo.com/alava/araba/vitoria-impone-tanger-decima-multa-alavaesquivel-clave20230925164705-nt.html>

⁴⁸ Estados Miembros (2023?). [Conjunto de datos]. Naciones Unidas. <https://www.un.org/es/about-us/member-states>

⁴⁹ Constitución marroquí de 2011. art. 1. <http://www.embajada-marruecos.es/constitucion/> y Constitución Española de 1978. art. 1. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229&p=20110927&tn=2>

⁵⁰ Marruecos. Reino de Marruecos. (2022). [Conjunto de datos; Dirección General de Comunicación, Diplomacia Pública y Redes]. En *Oficina de Información Diplomática del Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación*. p. 1. https://www.exteriores.gob.es/documents/fichaspais/marruecos_ficha%20pais.pdf

⁵¹ Convenio de Cooperación Cultural entre el Gobierno de España y el Gobierno del Reino de Marruecos. Hecho en Rabat el 14 de octubre de 1980, en “BOE” núm. 243, de 10 de octubre de 1985. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1985-20897>

⁵² *Ibid.* Introducción.

⁵³ *Ibid.* art. 21.

⁵⁴ *Id.* art. 36.

⁵⁵ Tratado de amistad, buena vecindad y cooperación entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, hecho en Rabat, el 4 de julio de 1991, en “BOE” núm. 49, de 26 de febrero de 1993. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1993-5422>

en conformidad con el Derecho Internacional, en los que son parte⁵⁶. El segundo Principio General de “Igualdad Soberana” dispone que, las Partes *respetarán mutuamente su igualdad soberana y su individualidad, así como todos los derechos inherentes a su soberanía*⁵⁷. Sin embargo, el tercer Principio General de “no intervención en los asuntos internos” muestra mayor complejidad al establecer lo siguiente:

Las Altas Partes Contratantes se abstendrán de cualquier intervención directa o indirecta, individual o colectiva, en los asuntos internos o externos propios de la jurisdicción interna de la otra Parte. Se abstendrán, por lo tanto, en todas las circunstancias, de cualquier acto de coerción militar, política, económica o de otro tipo, encaminado a subordinar a su propio interés el ejercicio de los derechos inherentes a la soberanía de la otra Parte y a obtener así ventajas de cualquier clase.

11. En efecto, el principio estipula que, las partes contratantes se comprometen a no ejecutar ninguna acción unilateral y coactiva respecto a la soberanía del otro Estado. Igualmente, se dispone que ninguno de los dos países se inmiscuirá en la jurisdicción interna de la otra Parte. Sin embargo, a lo largo del presente estudio se concluye que, la expropiación del Palacio de los Álava-Esquivel corresponde a un acto soberano del Estado español, a través de su jurisdicción interna. Por consiguiente, de expropiarse el inmueble, España no violará el Principio General de “no intervención en los asuntos internos” del Tratado de 1991. De cualquier forma, el quinto Principio General de “Arreglo pacífico de controversias” insta a los dos Estados, *de buena fe y con espíritu de cooperación, lograr, en el menor plazo posible, una solución conforme con el Derecho Internacional con miras a obtener un resultado equitativo* para no poner en *peligro la paz y la seguridad internacionales y la justicia*⁵⁸. Por último, el octavo Principio General de “Diálogo y comprensión entre culturas y civilizaciones” concreta que, para España y Marruecos, “los principios de tolerancia, convivencia y respeto mutuo” serán *la guía que permitirá tejer un sólido y fructífero patrimonio común*, y que las Partes promoverán resoluciones para eliminar malentendidos y aprensiones que impiden una mejor comprensión de sus culturas⁵⁹. Como resultado, en relación al patrimonio cultural, España y Marruecos se comprometen mediante el Convenio de 1980 y el Tratado de 1991 a respetar y conservar los bienes culturales de cada Estado. Aun así, en el caso del Palacio de los Álava-Esquivel, el Ayuntamiento de Tánger no cumple con los compromisos adquiridos en los respectivos convenios. De todos modos, el convenio y el tratado mencionados han sido aplicados, entre los dos Estados, en la Aplicación provisional del Acuerdo por el que el Gobierno del Reino de Marruecos pone a disposición del Gobierno del Reino de España un edificio destinado a centro escolar, firmado «ad referendum» en Rabat el 6 de febrero de 1996⁶⁰. El Gobierno marroquí, *con el objeto de profundizar y desarrollar las relaciones bilaterales, culturales y educativas entre Marruecos y España*⁶¹, puso a disposición del Gobierno del Reino de España el inmueble patrimonial⁶². Precisamente, la entrega de la propiedad se realizó “a título gratuito”⁶³ con el objetivo de que, el Ministerio de Educación y Ciencia español utilizara el edificio para los fines educativos precisados⁶⁴. Además, por la categoría de tratado internacional del acuerdo, este se sometió a la autorización de las Cortes Generales. A su vez, este fue aprobado en el Consejo de Ministros el 2 de agosto de 1996⁶⁵. Por último, el acuerdo entró en vigor el 2 de abril de 1997, fecha de la última comunicación efectuada entre ambos países⁶⁶.

⁵⁶ *Ibid.* Principio General. 1.

⁵⁷ *Ibid.* Principio General. 2.

⁵⁸ *Ibid.* Principio General 5.

⁵⁹ *Ibid.* Principio General 8.

⁶⁰ Aplicación provisional del Acuerdo por el que el Gobierno del Reino de Marruecos pone a disposición del Gobierno del Reino de España un edificio destinado a centro escolar, firmado «ad referendum» en Rabat el 6 de febrero de 1996, en “BOE” núm. 242, de 7 de octubre de 1996. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1996-22099

⁶¹ *Ibid.* Preámbulo.

⁶² *Ibid.* art. 1.

⁶³ *Ibid.* art. 3.

⁶⁴ *Ibid.* art. 2.

⁶⁵ Orden de 20 de febrero de 1997 por la que se dispone la puesta en funcionamiento del Colegio Español de Rabat, en “BOE” núm. 60, de 11 de marzo de 1997. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1997-5301

⁶⁶ Entrada en vigor del Acuerdo por el que el Gobierno del Reino de Marruecos pone a disposición del Gobierno del Reino de España un edificio destinado a centro escolar, firmado en Rabat el 6 de febrero de 1996, cuya aplicación provisional fue publicada en el «Boletín Oficial del Estado» número 242, de fecha 7 de octubre de 1996, en

12. Al mismo tiempo, el Tratado de 1991 conviene la celebración asidua de la Reunión de Alto Nivel (RAN) entre España y Marruecos⁶⁷. Así pues, la primera RAN entre ambos países fue en 1993. Asimismo, la primera visita a Marruecos de los reyes españoles Felipe VI y Leticia fue en julio de 2014, por invitación del Rey Mohamed VI⁶⁸. Para los reyes españoles también fue la primera visita a un país no miembro de la Unión Europea (UE)⁶⁹. Al año, el 5 de junio de 2015, se celebró en Madrid la XI RAN entre España y Marruecos, presidido por Mariano Rajoy, Presidente del Gobierno de España, y Abdelillah Benkiran, Jefe de Gobierno de Marruecos. En la XI RAN se firmaron 6 Declaraciones de Intenciones y 11 instrumentos bilaterales⁷⁰. Entre estos últimos, se encontraba el Protocolo relativo a la donación a Marruecos del Gran Teatro Cervantes de Tánger⁷¹. El Gran Teatro Cervantes fue construido en Tánger en 1913 por el matrimonio español Esperanza Orellana y Manuel Peña, y el propietario Antonio Gallego⁷². Después, en 1928 los propietarios donaron el edificio al Estado español⁷³, y a partir de 1974 España alquiló simbólicamente el Teatro a la municipalidad de Tánger por un dirham anual⁷⁴. Al tiempo, debido a la incapacidad de la administración española para financiar la rehabilitación y conservación del teatro, Marruecos presentó al Estado español, la petición del transferimiento de propiedad a cambio de su restauración⁷⁵. Así, previa autorización del Consejo de Ministros del 8 de febrero de 2019⁷⁶, se concretó la Aplicación provisional del Protocolo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos para la donación irrevocable de la propiedad del “Gran Teatro Cervantes” de Tánger, hecho en Rabat el 13 de febrero de 2019⁷⁷. En concreto, la Aplicación provisional estipula la “transferencia de propiedad”, tanto del terreno como del edificio⁷⁸. Además, como este acuerdo es un tratado internacional, igual que la anterior, las Cortes Generales aprobaron el acuerdo después de las votaciones en el Congreso de los Diputados y en el Senado en 2020⁷⁹. Finalmente, el acuerdo entró en vigor el 1 de marzo de 2023, con la consecutiva transferencia de propiedad del Gran Teatro Cervantes de Tánger a Marruecos ese mismo día⁸⁰. No obstante, el protocolo no hace mención a la aplicación del Convenio de 1980 ni al Tratado de 1991 para la realización de dicha transferencia. En consecuencia, para futuras transferencias de propiedad entre las dos partes, los acuerdos mencionados no son necesarios. A continuación, se concretó la Declaración conjunta del 7 de abril de 2022⁸¹, presidido por Pedro Sánchez, presidente del Gobierno español, y Mohamed VI. La declaración se desarrolló después de

“BOE” núm. 135, de 6 de junio de 1997. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1997-12220

⁶⁷ Tratado de amistad 1991. *op. cit.* art. 1.1.

⁶⁸ Marruecos. Reino de Marruecos. *op. cit.* p. 7.

⁶⁹ *Id.*

⁷⁰ *Id.*

⁷¹ *Id.*

⁷² L. GAGO. (2023, 14 febrero). El legado español, «en venta»: Pedro Sánchez dona al Gobierno de Marruecos el Gran Teatro Cervantes de Tánger. *El Cierre Digital*. Recuperado el 8 de julio de 2023, de <https://elcierredigital.com/cultura-y-ocio/79948975/pedro-sanchez-dona-marruecos-gran-teatro-cervantes-tanger-legado-espanol.html>

⁷³ *Id.*

⁷⁴ A. S. RUIZ SEVILLA. (2019, 12 febrero). El Gobierno cede a Marruecos el histórico Teatro Cervantes de Tánger. *La Vanguardia*. Recuperado el 8 de julio de 2023, de <https://www.lavanguardia.com/edicion-impresa/20190212/46389819037/el-gobierno-cede-a-marruecos-el-historico-teatro-cervantes-de-tanger.html?facet=amp>

⁷⁵ L. GAGO. *op. cit.*

⁷⁶ El Gobierno aprueba la donación del Gran Teatro Cervantes de Tánger a Marruecos. (2020, 11 enero). *El Confidencial*. Recuperado el 9 de julio de 2023, de https://www.elconfidencial.com/cultura/2020-02-11/teatro-cervantes-marruecos-gobierno-tanger_2451027/

⁷⁷ Aplicación provisional del Protocolo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos para la donación irrevocable de la propiedad del “Gran Teatro Cervantes” de Tánger, hecho en Rabat el 13 de febrero de 2019, en

“BOE” núm. 68, de 20 de marzo de 2019. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-3986

⁷⁸ *Ibid.* art. 1.

⁷⁹ D. ZORRAKINO. (2023, 12 febrero). El Gobierno completa la donación del Gran Teatro Cervantes de Tánger a Marruecos. *Europa Press*. Recuperado el 8 de julio de 2023, de <https://www.europapress.es/nacional/noticia-gobierno-completa-donacion-gran-teatro-cervantes-tanger-marruecos-20230212102953.html>

⁸⁰ Entrada en vigor del Protocolo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos para la donación irrevocable de la propiedad del “Gran Teatro Cervantes” de Tánger, hecho en Rabat el 13 de febrero de 2019, cuya aplicación provisional fue publicada en el Boletín Oficial del Estado número 68, de 20 de marzo de 2019, en “BOE” núm. 36, de 11 de febrero de 2023. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2023-3616>

⁸¹ Declaración Conjunta entre España y Marruecos, 7 de abril de 2022. <https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2022/070422-declaracion-conjunta-Espana-Marruecos.pdf>

que, Sánchez expresara, el 18 de marzo de 2022, el apoyo del Gobierno español al plan de autonomía de Marruecos para el Sáhara Occidental⁸². De este modo, España abandonó la posición de autodeterminación del Sáhara propuesta por la ONU⁸³. En efecto, para España, el apoyo a la autonomía marroquí, ha supuesto la temporal estabilización de las relaciones diplomáticas con Marruecos. Sin embargo, este también ha originado la ruptura de las relaciones con Argelia⁸⁴. De la misma manera, Sánchez explicó que, la declaración se basa en *evitar todo aquello que sabemos que ofende a la otra parte, especialmente en lo que afecta a nuestras respectivas esferas de soberanía*⁸⁵. Es más, el asunto 2 de la Declaración conjunta reitera que, no se recurrirá a “actos unilaterales”⁸⁶. Asimismo, la Declaración contiene 16 asuntos, en el que el primero reafirma sobre el Sáhara Occidental que, *España considera la iniciativa de autonomía marroquí, presentada en 2007, como la base más seria, realista y creíble para resolver este diferendo*⁸⁷. En este contexto, el 1 y 2 de febrero de 2023, se celebró la última y XII RAN hasta la fecha⁸⁸, entre los jefes del Gobierno de España y Marruecos. Así pues, con un acuerdo de 74 puntos, los dos países firmaron 19 memorandos y un protocolo⁸⁹. Por ello, el pacto vuelve a insistir en abordar las políticas bilaterales lejos de acciones unilaterales⁹⁰. Así, los acuerdos realizados pretenden reforzar la cooperación en cuestiones sobre migración, terrorismo, comercio e inversión, infraestructura, medio ambiente, turismo, cultura, derechos humanos, la UE y la ONU. También destaca el punto 8, por el cual se reafirma la soberanía marroquí sobre el Sáhara Occidental⁹¹. Asimismo, el comunicado aboga por la apertura de aduanas⁹², aunque el texto no menciona la palabra “frontera” para referirse a Ceuta y Melilla, ya que al hacerse, Marruecos reconocería la soberanía española sobre ellos. Del mismo modo, existe una “europeización” de los conflictos y desafíos con Marruecos⁹³. De hecho, desde Bruselas se ha subrayado continuamente que, Ceuta y Melilla son tanto territorio español como europeo⁹⁴. A su vez, la Unión Europea insiste en mantener buenas relaciones diplomáticas con Marruecos para hacer frente al control migratorio⁹⁵. Además, Marruecos es uno de los principales socios comerciales de la UE⁹⁶. En concreto, respecto al comercio y las inversiones, en la XII RAN, se ha acordado duplicar los recursos del Protocolo Financiero existente hasta un total de 800 millones de euros para proyectos conjuntos⁹⁷. Así pues, la mejora de la economía marroquí supondría el descenso de la inmigración de la frontera sur. Precisamente, desde 2019, España financia a Marruecos con 30 millones de euros

⁸² M. CRUZ. (2022, 18 marzo). Sánchez apoya por primera vez que el Sáhara sea una provincia autónoma de Marruecos. *El Mundo*. Recuperado el 9 de julio de 2023, de <https://www.elmundo.es/espana/2022/03/18/6234a957fc6c83b27e8b45c1.html>

⁸³ M. G. REINA. (2023, 19 abril). *España y Marruecos: La permisividad española con el vecino del sur [Comentario sobre “Global Affairs”]*. <https://www.unav.edu/web/global-affairs/espana-y-marruecos-la-permisividad-espanola-ante-el-vecino-del-sur>

⁸⁴ P. LAS HERAS. (2023, 16 marzo). *Cumbre España-Marruecos: Declaración de intenciones, pero pocas acciones [Comentario sobre “Global Affairs”]*. <https://www.unav.edu/web/global-affairs/cumbre-espana-marruecos-declaracion-de-intenciones-pero-pocas-acciones>

⁸⁵ Se cumple un año de las nuevas relaciones con Marruecos. (2023, 6 abril). *El Faro Melilla*. Recuperado el 8 de julio de 2023, de <https://elfarodemelilla.es/se-cumple-un-ano-de-las-nuevas-relaciones-con-marruecos/>

⁸⁶ Declaración Conjunta 2022. *op. cit.* Asunto 2.

⁸⁷ *Ibid.* asunto 1.

⁸⁸ La XII Reunión de Alto Nivel entre Marruecos y España se ha celebrado en Rabat el 2 de febrero de 2023, bajo la presidencia conjunta de D. Aziz Akhannouch, Jefe de Gobierno del Reino de Marruecos y D. Pedro Sánchez, Presidente de Gobierno del Reino de España. <https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2023/020223-Declaracion-Espana-Marruecos.pdf>

⁸⁹ P. LAS HERAS. *op. cit.*

⁹⁰ XII RAN. *op. cit.* asunto 1.

⁹¹ *Ibid.* asunto 8.

⁹² *Ibid.* asunto 42.

⁹³ V. PALACIO. (Director). (2023). España ante la intersección de intereses marroquí-argelinos, en *Marruecos hoy, relaciones con España y Argelia. Un contexto de triple crisis: Vol. No. 218/2023*. Fundación alternativas.p. 51. https://fundacionalternativas.org/wp-content/uploads/2023/04/Documento_Madrid_Rabat_Argel-7.pdf

⁹⁴ T. PAQUI SÁNCHEZ. (2023, 11 agosto). Europa, a Marruecos: “Ceuta y Melilla son españolas y pertenecen a la Unión”. *Melilla Hoy*. Recuperado el 27 de septiembre de <https://melillahoy.es/europa-a-marruecos-ceuta-y-melilla-son-espanolas-y-pertenecen-a-la-union/>

⁹⁵ Answer given by High Representative/Vice-President Borrell on behalf of the European Commission. (2021, 26 julio) Parliamentary question, European Parliament. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2021-002732-ASW_EN.html

⁹⁶ V. PALACIO. *op. cit.* p. 52.

⁹⁷ XII RAN. *op. cit.* asunto 31.

anuales para controlar la inmigración⁹⁸. Igualmente, España y Marruecos han movilizado 11,6 millones de euros del Programa de Conversión de Deuda para financiar proyectos de reconstrucción y rehabilitación, debido al terremoto sufrido por Marruecos, el 8 de septiembre de 2023⁹⁹. Asimismo, en octubre de 2023, Marruecos anunció que la celebración del Mundial de Fútbol de 2030 se celebrará de forma conjunta entre España, Marruecos y Portugal¹⁰⁰.

13. En suma, actualmente está emergiendo una nueva coalición entre España y Marruecos cimentada por los intereses recíprocos. Por consiguiente, una eventual privación de propiedad por cualquiera de las dos partes hacia la otra, es objeto de consideración bajo el contexto geopolítico.

III. Expropiación de un inmueble de propiedad extranjera

1. Concepto expropiatorio y su ley aplicable

14. El Derecho español distingue dos tipos de privaciones de propiedad: la expropiación y el comiso. En primer lugar, la expropiación, o la llamada expropiación forzosa en el Derecho español, se ejecuta posterior a la incoación del expediente expropiatorio. Igualmente, esta implica la privación por causa de utilidad pública, y está sujeta a indemnización. Sin embargo, el comiso es la privación de un bien producto de un delito¹⁰¹. Por ello, el comiso no acarrea una compensación por ser la privación de naturaleza sancionadora.

15. Asimismo, la expropiación es la privación coactiva, completa y permanente del contenido del derecho de propiedad. En efecto, la ejecución expropiatoria entraña un traspaso del derecho de la propiedad, por lo que el derecho mismo se vuelve “impracticable”¹⁰² por el propietario anterior. Aunque la *causa expropriandi* de la incoación expropiatoria deba ser siempre de utilidad pública, el beneficiario de la expropiación podrá ser tanto un particular como el Estado. A su vez, en algunos casos, la expropiación podrá ser, en particular, la *sustracción al sector privado de bloques de recursos o servicios*¹⁰³, principalmente de sectores económicos. Pese a que esta modalidad pueda entenderse como una nacionalización, el Derecho español no hace mención a la misma. De igual manera, la expropiación podrá ser de carácter administrativo, judicial o legislativo. En cuanto a la expropiación administrativa, esta se ejecuta por orden de la administración competente, y sigue el procedimiento ordinario con todas las garantías constitucionales. Por otro lado, la expropiación judicial se efectúa por orden del juez, después de que el expropiado haya impugnado el acto expropiatorio y recurrido a la justicia. Sin embargo, la expropiación legislativa representa un procedimiento extraordinario, y se realiza por orden del legislador a través de una norma de rango de ley.

⁹⁸ EU Southern Borders: Spain and EU Funding for Morocco Amid Crack-down on Migrants, IOM Reports Thousands of Deaths on the Atlantic and Mediterranean as Tragedies Continue, Italy Funds the So-called Libyan Coastguard Amid Protests Over Migration Cooperation. (2022, 28 octubre). *ECRE European Council on Refugees and Exiles*. <https://ecre.org/eu-southern-borders-spain-and-eu-funding-for-morocco-amid-crack-down-on-migrants-iom-reports-thousands-of-deaths-on-the-atlantic-and-mediterranean-as-tragedies-continue-italy-funds-the-so-called-li/>

⁹⁹ España y Marruecos movilizarán 11,6 millones para reconstruir las zonas afectadas por el terremoto (2023, 14 octubre). *Europa Press*. Recuperado el 21 de octubre de 2023 de <https://www.europapress.es/economia/macroeconomia-00338/noticia-espana-marruecos-movilizaran-116-millones-reconstruir-zonas-afectadas-terremoto-20231014185756.html>

¹⁰⁰ I. CEMBRERO. (2023, 4 octubre). Los gobiernos de España y Portugal dejaron a Mohamed VI anunciar el primero el éxito de la candidatura. *El Confidencial*. Recuperado el 21 de octubre de https://www.elconfidencial.com/deportes/futbol/mundial/2023-10-04/mohammed-rey-marruecos-mundial-espana-fifa_3748355/

¹⁰¹ Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, en “BOE” núm. 297, de 13 de diciembre de 1995. art. 5. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-26836>

¹⁰² J. BARNÉS. (Director). (1995). El régimen constitucional de la propiedad en el Derecho comparado y europeo, en *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado*. Editorial Tecnos, Madrid. pp. 25-1991. p. 46.

¹⁰³ STC 111/1983, de 2 de diciembre, en “BOE” núm. 298, de 14 de diciembre de 1983, antecedente 10. <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/239>

16. En cuanto a la privación de propiedades extranjeras, para resolver los conflictos de leyes entre los diferentes Estados implicados, se precisa consuetudinariamente el lugar sito del inmueble como “la ley aplicable al bien”¹⁰⁴. La función de la misma es lograr una “armonía internacional de soluciones”¹⁰⁵. En efecto, esta norma se fundamenta en los conceptos de *lex rei sitae* o *inmobilia regentur lege loci*. Estos preceptos alegan que, el derecho real sobre un bien inmueble es regulado por la jurisdicción del Estado en el que este se halle sito. Esta se entiende también como territorialidad positiva. Por ello, estas disposiciones persiguen el principio de *dominium eminens*¹⁰⁶, llamado igualmente, soberanía de Estado. Además, estos principios que preceden el presente estudio son practicados en todos los Estados del mundo¹⁰⁷. Respecto a la jurisdicción española, el Código Civil (CC) alega que, *la posesión, la propiedad, y los demás derechos sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se regirán por la ley del lugar donde se hallen*¹⁰⁸. Por consiguiente, la expropiación es un acto soberano o acto de Estado, y esta es aceptada internacionalmente por varias resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU). De todos modos, aunque el derecho soberano a expropiar es ampliamente reafirmado por el Derecho internacional consuetudinario, este no llega al rango de *ius cogens*¹⁰⁹. En definitiva, en la privación o expropiación de un bien extranjero de propiedad pública, convergen el Derecho interno de cada Estado y el Derecho internacional público, por ser este último el regulador de las relaciones entre Estados.

17. Al mismo tiempo, en la práctica española e internacional, tanto la incoación expropiatoria como la ejecución expropiatoria, también podrán resolverse a través de una negociación diplomática entre las partes implicadas. Estos acuerdos suelen ser los llamados acuerdos de suma global o tanto alzado, más conocidos como *lump sum agreements*. Al fin y al cabo, estos acuerdos bilaterales suponen una negociación entre las partes que, deriva en la resolución del conflicto en cuestión.

2. Competencias internas españolas

18. Conforme al Derecho español, un bien inmueble podrá ser expropiado por causa de utilidad pública en base al artículo 33 de la Constitución Española (CE)¹¹⁰. De igual manera, según la Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa (LEF)¹¹¹, tanto la incoación expropiatoria como la expropiación podrán resolverse por medio de un acuerdo entre el expropiante y el expropiado¹¹². Por lo tanto, el presente estudio plantea la incoación expropiatoria del Palacio de los Álava-Esquivel, siendo el ejecutor y beneficiario de la privación del bien el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, y el organismo privado del bien el Ayuntamiento de Tánger. Asimismo, se dispone la incoación expropiatoria por causa de utilidad pública a través del procedimiento administrativo que, podrá finalizarse mediante una expropiación administrativa o en un acuerdo bilateral:

- a) Incoación del expediente expropiatorio que finaliza en una expropiación: aa) El expediente expropiatorio finaliza en la expropiación administrativa.

¹⁰⁴ P. MAYER., en A. L. CALVO CARAVACA. & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. (Directores) (2022). *Tratado de Derecho Internacional Privado*, 3 Tomos, (2.a ed.). Tirant lo Blanch. p. 3442.

¹⁰⁵ A. L. CALVO CARAVACA. & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. (Directores) (2022). *op. cit.* p. 3442

¹⁰⁶ T. GARCÍA CASTILLO. (2008). *El contrato de Estado internacional*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, p. 232.

¹⁰⁷ A. L. CALVO CARAVACA. & J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. (2020). Poderes autorizados por notarios extranjeros y compra-venta de inmuebles situados en España. *Cuadernos de Derecho transnacional*, 12(1), 8-65. p. 15. <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5179>

¹⁰⁸ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, en “Gaceta de Madrid” núm. 206, de 25/07/1889. art. 10.1. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>

¹⁰⁹ Kuwait vs. American Independent Oil Co., AMINOIL Case, 1982, 66 International Law Reports 519, en T. GARCÍA CASTILLO. *op. cit.* p. 236.

¹¹⁰ CE. *op. cit.* art. 33.

¹¹¹ Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre expropiación forzosa, en “BOE” núm. 351, de 17/12/1954. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1954-15431>

¹¹² *Ibid.* art. 24.

- b) Incoación del expediente expropiatorio que finaliza en un acuerdo bilateral: ba) Acuerdo bilateral después de la incoación del expediente expropiatorio y previo al acto firme de la expropiación administrativa. bb) Acuerdo bilateral después del acto firme de la expropiación administrativa y posterior al recurso del expropiado.

19. Respecto a las competencias internas españolas, estas están descentralizadas para con la expropiación de bienes inmuebles, aunque la competencia para la realización de los acuerdos bilaterales, por privación de bienes extranjeros, está centralizada. En primer lugar, la CE distribuye y delimita las competencias para con la expropiación forzosa en los artículos 148 y 149. Precisamente, el artículo 149 enumera las competencias exclusivas de la Administración General del Estado, y enuncia que las Comunidades Autónomas tienen competencia para ejecutar la expropiación de los inmuebles que se hallen en su territorio¹¹³. Además, en el artículo 148 se expone que, cada Comunidad Autónoma tiene competencia para con su “ordenación del territorio, urbanismo y vivienda”¹¹⁴, el “patrimonio monumental de interés de la Comunidad Autónoma”¹¹⁵ y la “vigilancia y protección de sus edificios e instalaciones”¹¹⁶. Igualmente, en la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 37/1987 se constató que, son las Comunidades Autónomas y no el Estado, las que ostentan la potestad de definir legalmente los supuestos en que cabe hacer uso del instrumento expropiatorio mediante la declaración de la causa expropiandi necesaria en cada caso, sin perjuicio de la obligación de atenerse a la legislación del Estado, a la vez que se sirvan de las leyes autonómicas¹¹⁷. Del mismo modo, la LEF declara que, la expropiación es competencia tanto del “Estado, la Provincia o el Municipio”¹¹⁸. Por ello, la Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para el País Vasco¹¹⁹, estipula que, *es competencia de la Comunidad Autónoma del País Vasco el desarrollo legislativo y la ejecución dentro de su territorio de la legislación básica del Estado para con la “expropiación forzosa”*¹²⁰. A su vez, el Estatuto de Autonomía otorga a los órganos forales de los territorios históricos, la competencia exclusiva para con el *régimen de los bienes provinciales y municipales, tanto de dominio público como patrimoniales o de propios y comunales*¹²¹. Por lo tanto, la incoación y ejecución expropiatoria del Palacio de los Álava-Esquivel es competencia del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, y esta se fundamenta en las leyes autonómicas y estatales. En segundo lugar, el artículo 93 de la CE precisa que, los acuerdos bilaterales para la privaciones de propiedad extranjera son tratados o convenios internacionales¹²². Por ello, las competencias de las mismas no recaen en los organismos de cada comunidad autónoma, sino según los casos, en las Cortes Generales o en el Gobierno¹²³. En concreto, la CE conviene la previa autorización de las Cortes Generales en los casos en los que, los tratados o convenios *afecten a la integridad territorial del Estado o a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I*. (como el artículo 33 CE), o que *impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública* (como la indemnización)¹²⁴. A su vez, la CE indica que, *los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno*¹²⁵. Igualmente, el Estatuto de Autonomía también afirma que, *el País Vasco ejecutará los tratados y convenios en todo lo que afecte a las materias atribuidas a su competencia en este Estatuto, pero que ningún tratado o convenio podrá afectar a las atribuciones y competencias del*

¹¹³ *Ibid.* art. 149.1.18.

¹¹⁴ *Ibid.* art. 148.1.3.

¹¹⁵ *Ibid.* art. 148.1.16.

¹¹⁶ *Ibid.* art. 148.1.22.

¹¹⁷ Pleno. Recurso de inconstitucionalidad número 685/1984. Sentencia número 37/1987, de 26 de marzo, en “BOE” núm. 89, de 14 de abril de 1987. Fundamento jurídico 6, párrafo 6. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-1987-9279

¹¹⁸ LEF. *op. cit.* art. 2.1.

¹¹⁹ Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para el País Vasco, en “BOE” núm. 306, de 22/12/1979.

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1979-30177>

¹²⁰ *Ibid.* art. 11.1.b.

¹²¹ *Ibid.* art. 37.3.d.

¹²² CE. *op. cit.* art. 93.

¹²³ *Id.*

¹²⁴ *Ibid.* art. 94. 1. c) y d).

¹²⁵ *Ibid.* art. 96. 1.

País Vasco si no es mediante el procedimiento del artículo 152.2 de la Constitución, salvo lo previsto en el artículo 93 de la misma. Por consiguiente, aunque la Comunidad Autónoma Vasca (CAV) tenga competencia para ejecutar la expropiación del palacio vitoriano, esta carece de la competencia para desarrollar un acuerdo bilateral con el Ayuntamiento de Tánger, sin las previas autorizaciones estipuladas en la CE.

3. Inmunidad del Estado extranjero y sus bienes ante tribunales españoles

20. Primero que nada, el acto expropiatorio de un bien extranjero es reconocido como lícito internacionalmente si, en este no existe discriminación al extranjero. Además, el acto expropiatorio, por ser un acto de soberanía, sólo será revisado en los tribunales del Estado expropiante o Estado del foro. De hecho, no hay ningún tribunal internacional competente para alegar la legitimidad o ilegitimidad de un acto expropiatorio. Asimismo, el Derecho internacional consuetudinario se rige por el principio de no injerencia en los asuntos de la jurisdicción exclusiva de un Estado. En cualquier caso, el Estado extranjero podrá pedir la inmunidad, en los tribunales del Estado del foro, para negarse a aceptar los actos de jurisdicción y de ejecución del Estado expropiante. Precisamente, el derecho a la inmunidad de los Estados persigue una “convivencia internacional pacífica” para que los Estados no estén juzgándose continuamente entre ellos¹²⁶. No obstante, el derecho a la inmunidad no es absoluto.

21. El primer tratado internacional en legislar las inmunidades del Estado extranjero y sus bienes, fue la Convención de las Naciones Unidas, de 2 de diciembre de 2004, sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes¹²⁷. Empero, la convención aún no ha entrado en vigor. Efectivamente, el artículo 30 del mismo estipula que, la convención entrará en vigor con el “trigésimo instrumento de ratificación, aceptación o aprobación o adhesión”¹²⁸, y actualmente son solo 28 los Estados parte¹²⁹. En concreto, España se adhirió a este convención el 21 de septiembre de 2011, y Marruecos firmó la convención el 17 de enero de 2005¹³⁰. De todos modos, a través de Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España¹³¹, se ha incorporado la Convención de 2004 en el Derecho interno español, de la manera más fiel posible¹³². Como resultado, la LO 16/2015 *tiene por objeto regular las inmunidades ante los órganos jurisdiccionales españoles y, en su caso, los privilegios aplicables a (...) los Estados extranjeros y sus bienes*¹³³. Por lo tanto, la LO 16/2015 regula entre otras cuestiones, las inmunidades del Estado extranjero para con sus bienes que, son objeto de litigio en los tribunales españoles. Entonces, aunque la expropiación del

¹²⁶ C. GUTIÉRREZ ESPADA. (2016). Sobre la inmunidad de jurisdicción de los estados extranjeros en España, a la luz de la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 8(2), 5-33. p. 7. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/3251>

¹²⁷ Convención de las Naciones Unidas, de 2 de diciembre de 2004, sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes. <https://jusmundi.com/en/document/pdf/treaty/es-convencion-de-las-naciones-unidas-sobre-las-inmunidades-jurisdiccionales-de-los-estados-y-de-sus-bienes-2004-convencion-de-las-naciones-unidas-sobre-las-inmunidades-jurisdiccionales-de-los-estados-y-de-sus-bienes-2004-thursday-2nd-december-2004>

¹²⁸ *Ibid.* art. 30.1.

¹²⁹ Convención de las Naciones Unidas, de 2 de diciembre de 2004, sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (2023?). [Conjunto de datos]. Estado de los Tratados, Colección de Tratados, Naciones Unidas. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=III-13&chapter=3&clang=_en

¹³⁰ *Id.*

¹³¹ Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España, en “BOE” núm. 258, de 28 de octubre de 2015. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-11545

¹³² J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES. (s. f.). Propuesta de Borrador de Anteproyecto de Ley Orgánica y de su necesidad en el Derecho español, en *Escuela Diplomática*, Inmunidades de los Estados extranjeros y la Organizaciones internacionales en España, 2015, en C. GUTIÉRREZ ESPADA. *op. cit.* p. 21.

¹³³ LO 16/2015. *op. cit.* art.1.a.

Palacio de los Álava-Esquivel se propone en el presente trabajo a través de un proceso administrativo, el desarrollo de la LO 16/2015 es adecuado para exponer si, el Ayuntamiento de Tánger podrá gozar de la inmunidad para con el inmueble, en caso de que la ejecución expropiatoria se discutiera en los tribunales. Entre tanto, la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, estipula que, *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*¹³⁴. Asimismo, la LO 16/2015 define el Estado de la siguiente manera:

*i) El Estado y sus diversos órganos de gobierno; ii) Los elementos constitutivos de un Estado federal o las subdivisiones políticas del Estado, que estén facultados para realizar actos en el ejercicio de la autoridad soberana y actúen en tal capacidad; iii) Los organismos e instituciones del Estado y otras entidades públicas, aunque tengan personalidad jurídica diferenciada, siempre que estén facultados para realizar actos en el ejercicio de la autoridad soberana del Estado y que actúen en tal capacidad; y iv) Los representantes del Estado cuando actúen en esa condición*¹³⁵.

22. En suma, a lo que respecta a esta ley, los ayuntamientos y las comunidades autónomas representan el Estado, y los actos ejercidos por los mismos tienen el valor de actos de autoridad o soberanos, de acuerdo a las competencias internas de cada Estado. Mismamente, la LO 16/2015 dispone que, *todo Estado extranjero y sus bienes disfrutarán de inmunidad de jurisdicción y ejecución ante los órganos jurisdiccionales españoles, en los términos y condiciones previstos en la presente Ley Orgánica*¹³⁶. Así pues, la ley diferencia la inmunidad de jurisdicción como *prerrogativa de un Estado, organización o persona de no ser demandado ni enjuiciado por los órganos jurisdiccionales de otro Estado*¹³⁷, e inmunidad de ejecución como *prerrogativa por la que un Estado, organización o persona y sus bienes no pueden ser objeto de medidas coercitivas o de ejecución de decisiones dictadas por los órganos jurisdiccionales de otro Estado*¹³⁸. Esto es, la inmunidad de jurisdicción otorga al Estado extranjero el derecho a no ser juzgado por otro Estado, y la inmunidad de ejecución concede al Estado extranjero el derecho a que no se le ejecute lo juzgado por otro. En el caso particular del Palacio de los Álava-Esquivel, las multas dirigidas al Ayuntamiento de Tánger se legislan en el ámbito de la jurisdicción, y tanto la incoación expropiatoria como el acto expropiatorio en el de la ejecución. Para añadir, la LO 16/2015 también define la transacción mercantil de esta forma:

*todo contrato o transacción mercantil de compraventa de bienes o prestación de servicios; todo contrato de préstamo u otra transacción de carácter financiero, incluida cualquier obligación de garantía o de indemnización concerniente a ese préstamo o a esa transacción; (...) Para determinar si un contrato o transacción es una «transacción mercantil», se atenderá principalmente a la naturaleza del contrato o de la transacción, pero se tendrá en cuenta también su finalidad si así lo acuerdan las partes en el contrato o la transacción o si, en la práctica del Estado que es parte en uno u otra, tal finalidad es pertinente para la determinación del carácter no mercantil del contrato o de la transacción.*¹³⁹

23. La definición de transacción mercantil es la que más se acerca a la transferencia de propiedad por una suma monetaria que se efectúa en el acuerdo bilateral. De todos modos, el acuerdo de suma global planteado en el presente estudio, por ser posterior a la incoación expropiatoria, es excluido de la categoría de transacción mercantil. En efecto, la finalidad del acuerdo es que no se efectúe la expropiación, o resolver la misma, por lo que en la práctica, la naturaleza del acuerdo tampoco es mercantil. Además, como se desarrollará más adelante, el acuerdo de suma global esbozado en esta investigación obliga a las partes a no ejecutar ninguna impugnación posterior. Por lo tanto, una vez finalizado el acuerdo bilateral, este no podrá ser objeto de demanda, por lo que no se discutirá la legitimidad de la

¹³⁴ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en “BOE” núm. 157, de 2 de julio de 1985. art. 4. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12666>

¹³⁵ LO 16/2015. *op. cit.* art. 2.c.

¹³⁶ *Ibid.* art. 4.

¹³⁷ *Ibid.* art. 2.a.

¹³⁸ *Id.*

¹³⁹ *Ibid.* art. 2.n.

misma en un tribunal. En efecto, los actos tratados por la LO 16/2015 para con el Palacio de los Álava-Esquivel, serán las multas y la posible expropiación ejecutadas por el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz. Asimismo, según la LO 16/2015, el Ayuntamiento de Tánger carece de la inmunidad de jurisdicción y de ejecución para obstaculizar la efectucción de las multas y la expropiación, ante los tribunales españoles. Mismamente, la ausencia de la inmunidad del Ayuntamiento de Tánger se concluye a través de estas estimaciones; la ley del lugar; el consentimiento; los daños al bien; la categoría y los actos para con el bien.

24. En primer lugar, la LO 16/2015 hace mención al principio de *lex rei sitae* para disponer que, el Estado extranjero no podrá gozar de la inmunidad de jurisdicción para con los “derechos reales, la posesión o el uso”, y de sus derivadas obligaciones, “respecto de bienes inmuebles situados en España”¹⁴⁰. En segundo lugar, respecto al consentimiento, la ley estipula que el Estado extranjero no podrá gozar de la inmunidad de jurisdicción y de ejecución si, este ha consentido el ejercicio de la jurisdicción y de las medidas de ejecución de otro Estado. Por un lado, la LO 16/2015 niega al Estado extranjero el uso de la inmunidad de jurisdicción, en caso de que este haya consentido el ejercicio de dicha jurisdicción en diferentes modalidades. Mismamente, la ley dispone que, todo consentimiento debe ser expresado por un órgano competente del Estado, no necesariamente por el órgano que posee dichos bienes. El consentimiento expreso, por ejemplo, expresa la aceptación de la jurisdicción de otro Estado mediante un “acuerdo internacional”, un “contrato escrito”, o *una declaración ante el tribunal o por una comunicación escrita en un proceso determinado*¹⁴¹. El consentimiento tácito, por ejemplo, estipula que el Estado extranjero no podrá hacer valer la inmunidad en relación con un determinado proceso *cuando este haya sido iniciado mediante la interposición de demanda o querrela por el propio Estado extranjero, cuando el Estado extranjero haya intervenido en el proceso o haya realizado cualquier acto en relación con el fondo*, o por reconvencción¹⁴². Cabe recordar que, en 2016, el alcalde de Tánger, Bachir Abdellaoui, hizo llegar al Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz el pago por la deuda acumulada por ejecución subsidiaria y obras de estabilización del palacio efectuadas por el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz. Por ello, este acto implica que Tánger acepta tácitamente la jurisdicción española, por lo que no podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción para negarse a pagar las multas. Sin embargo, en relación al consentimiento expreso del Ayuntamiento de Tánger para aceptar el pago de las multas, no se conoce públicamente alguna información clara al respecto. Igualmente, la ley indica que los mencionados consentimientos no podrán ser revocados *una vez iniciado el proceso ante un órgano jurisdiccional español*¹⁴³. Por otro lado, respecto a la inmunidad de ejecución, la LO 16/2015 estipula que los órganos jurisdiccionales españoles podrán “adoptar medidas de ejecución u otras medidas coercitivas contra bienes del Estado extranjero” si, el Estado extranjero ha consentido de manera expresa o tácita esta misma ejecución¹⁴⁴. En particular, dicho consentimiento expreso del Estado extranjero a las medidas de ejecución del Estado español, tendrá que darse por un “acuerdo internacional”, “un contrato escrito” o *una declaración ante el tribunal o una comunicación escrita en un proceso determinado*¹⁴⁵. Para lo que respecta al palacio vitoriano, el acuerdo internacional validado por Marruecos que, consiente medidas de ejecución, tales como las privaciones de propiedad por parte de otro Estado, es la Resolución 3281 (XXIX) de la AGNU, más conocida como la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, del 14 de diciembre de 1974¹⁴⁶. De todos modos, este acuerdo internacional se desarrollará en el siguiente capítulo. Respecto al consentimiento tácito, este se da *cuando el Estado extranjero ha asignado bienes de su propiedad a la satisfacción de la demanda objeto del proceso*¹⁴⁷. Esto es, en caso de que el Ayuntamiento de Tánger demandara la ejecución expropiatoria del Palacio de los

¹⁴⁰ *Ibid.* art. 12. a) y b).

¹⁴¹ *Ibid.* art. 5.

¹⁴² *Ibid.* art. 6.

¹⁴³ *Ibid.* art. 8.

¹⁴⁴ *Ibid.* art. 17.1.

¹⁴⁵ *Ibid.* art. 18.1.

¹⁴⁶ Resolución 3281 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, más conocida como la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, del 14 de diciembre de 1974. https://www.iri.edu.ar/publicaciones_iri/manual/Ultima-Tanda/Rel.Econ.Int/32.1.1.%20res.%203281.pdf

¹⁴⁷ LO 16/2015. *op. cit.* art. 18.2.

Álava-Esquivel, estará aceptando tácitamente la adopción de medidas de ejecución del Estado español. No sin embargo, si la demanda es impugnar la soberanía y ejecución expropiatoria del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz o de España, sin mencionar los bienes. Por ello, en el caso de las medidas de ejecución, la interposición de la demanda del Estado extranjero no es suficiente para que este no goce de la inmunidad de ejecución, como es en el caso del *consentimiento del Estado extranjero para el ejercicio de la jurisdicción* comentado previamente¹⁴⁸. Adicionalmente, el consentimiento del Estado extranjero, bien expreso o tácito, *no podrá ser revocado una vez iniciado el proceso ante un órgano jurisdiccional español*¹⁴⁹. En tercer lugar, respecto a los daños al bien, el Estado extranjero no podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción en un proceso relativo a la:

*acción de indemnización pecuniaria (...) por daño o pérdida de bienes, causados por un acto u omisión presuntamente atribuible a dicho Estado, siempre que: a) El acto u omisión se hubiera producido total o parcialmente en territorio español; y b) El autor material del acto u omisión se encontrara en territorio español en el momento en que dicho acto u omisión se produjo.*¹⁵⁰

25. Concretamente, los daños al Palacio de los Álava-Esquivel por el incumplimiento de los deberes de su propietario, no son acaecidos en momentos particulares, sino que son daños por la constante omisión del mismo. De hecho, los representantes del Ayuntamiento de Tánger estuvieron en Vitoria-Gasteiz, en 2016 y 2022, para concretar cuestiones para con el inmueble. Sin embargo, no se puede conectar dicha visita con un daño específico sufrido por el palacio, esto es, sobrevenido durante la misma. Aun así, al tener en cuenta que el daño por omisión es continuo, el hecho de que algún representante de la titularidad del inmueble haya estado en Vitoria-Gasteiz sin que, posteriormente, se haya solucionado el daño, podría bastar para afirmar que, a través de la LO 16/2015, el Ayuntamiento de Tánger no gozará de la inmunidad de jurisdicción. En cuarto lugar, respecto a la categoría del acto para con el bien, están por un lado, los actos de Estado o de imperio, llamados *acta iure imperii*, y los actos de gestión por el otro, llamados *acta iure gestionis*. La distinción de los mismos es crucial para determinar si, los Estados extranjeros podrán gozar de la inmunidad de ejecución para con los actos de otro Estado, ante los tribunales del mismo. Sin embargo, el discernimiento de los actos no es muy preciso, y es que en ocasiones, un acto es considerado de imperio por los tribunales de un Estado, y de gestión por los de otro¹⁵¹. Además, utilizar el criterio de naturaleza o el criterio de finalidad para su distinción, desarrolla diferentes resultados¹⁵². De todos modos, el informe preliminar de Sompong Sucharitkul manifestó la preferencia a usar el principio de la naturaleza del acto, al ser este un criterio objetivo¹⁵³. Así pues, los actos de Estado son de naturaleza pública donde el Estado actúa como un sujeto público, por lo que sus actividades se desarrollan dentro del Derecho internacional público. En efecto, los actos de Estado son actos de soberanía, poder público u oficiales¹⁵⁴. En particular, la expropiación es un acto de Estado, ya que solo puede ser realizada por el Estado. En consecuencia, la expropiación del Palacio de los Álava-Esquivel por parte del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, será un acto de Estado. Al contrario, los actos de gestión son actos realizados por el Estado cuando este actúa como particular. Por ello, las actividades de los actos de gestión se desarrollan en el ámbito del Derecho internacional privado, en el ejercicio de la gestión o la administración. Por consiguiente, la donación

¹⁴⁸ *Ibid.* art. 18.3.

¹⁴⁹ *Ibid.* art. 19.

¹⁵⁰ *Ibid.* art. 11.

¹⁵¹ Consejo de Estado, dictamen 693/2015, de 23 de abril, acerca del Anteproyecto de Ley Orgánica sobre inmunidades de los Estados extranjeros y de las Organizaciones internacionales con sede u oficina en España y sobre el régimen de privilegios e inmunidades aplicables a las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España, pp. 1-52, p. 26., en C. GUTIÉRREZ ESPADA. *op. cit.* p. 9.

¹⁵² J. CARRERA HERNÁNDEZ. (2006, julio-diciembre). La inmunidad de ejecución de los Estados en la Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes. *Revista Española de Derecho Internacional*, 58, 711-736. p. 720. <https://www.jstor.org/stable/26173120>

¹⁵³ S. SUCHARITKUL. (1979). "Informe preliminar sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes", Anuario Comisión Derecho Internacional, vol. II, 1.ª parte. p. 207, en *Ibid.* p. 721.

¹⁵⁴ C. GUTIÉRREZ ESPADA. *op. cit.* p. 9.

del Palacio de los Álava-Esquivel por parte del II Duque de Tovar al Ayuntamiento de Tánger, fue un acto de gestión. De hecho, esta fue emprendida por un particular y no por el Estado español. Respecto a la categoría del bien, la LO 16/2015 distingue entre los “bienes del Estado utilizados o destinados a ser utilizados para fines públicos no comerciales” y los “bienes del Estado utilizados o destinados a ser utilizados para fines distintos a los públicos no comerciales”. Los primeros bienes mencionados son aquellos “bienes de imperio”, y los segundos, “bienes de gestión”. A su vez, la LO 16/2015 enumera los bienes de imperio o los *bienes propiedad del Estado extranjero o de los que este ostente su posesión o control* que son *utilizados o destinados a ser utilizados para fines públicos no comerciales*¹⁵⁵. En esta enumeración, se disponen tanto los bienes relacionados con actividades diplomáticas, militares y monetarias del Estado, como los buques y aeronaves del Estado¹⁵⁶. Además, se incluyen *los bienes que formen parte del patrimonio cultural o de los archivos del Estado (extranjero) o de una exposición de objetos de interés científico, cultural o histórico, siempre que no se hayan puesto ni estén destinados a ser puestos a la venta*¹⁵⁷. Cabe recordar que el Palacio de los Álava-Esquivel es patrimonio cultural vasco. Asimismo, en la catalogación del Patrimonio Material Nacional del Ministerio de la Juventud, Cultura y Deporte del Reino de Marruecos no está incluido el palacio¹⁵⁸. Igualmente, las leyes marroquíes del patrimonio cultural no indican que el Palacio de los Álava-Esquivel pueda declararse como patrimonio cultural marroquí¹⁵⁹. Efectivamente, el artículo primero de la Ley n. 22-80, relativo a la conservación de monumentos y sitios históricos, inscripciones, objetos de arte y antigüedades en el marco del Dahir, de 25 de diciembre de 1908, establece como criterio para declarar los bienes inmuebles como patrimonio cultural marroquí, el mérito de manifestar *un interés por el arte, la historia y la civilización de Marruecos*¹⁶⁰. Por ende, estas apreciaciones no se cumplen con el Palacio de los Álava-Esquivel por las siguientes razones; el palacio vitoriano no fue construido ni habitado por nacionales marroquíes; la estructura y estética del inmueble sigue las corrientes artísticas europeas, no, sin embargo, marroquíes, magrebíes o árabes; el palacio no está relacionado con la historia marroquí. El único interés que muestra el inmueble por Marruecos, es su titularidad. Por lo tanto, el Palacio de los Álava-Esquivel no es un bien de imperio del Ayuntamiento de Tánger. Precisamente, el palacio vitoriano es para la municipalidad tangerina un bien de gestión. Además, la LO 16/2015 estipula que, el Estado extranjero no podrá gozar de la inmunidad de jurisdicción y de ejecución para con sus bienes o actos de gestión. Ciertamente, la LO 16/2015 niega la inmunidad de jurisdicción al Estado extranjero *sobre bienes muebles o inmuebles adquiridos por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio, donación o prescripción*¹⁶¹. Por ello, según la LO 16/2015 los bienes recibidos por dichos actos tienen la categoría de bienes de gestión para el titular que los ha recibido de esta manera. Por lo tanto, el Ayuntamiento de Tánger, no gozará de la inmunidad de jurisdicción para rechazar las multas, por haber obtenido el Palacio de los Álava-Esquivel por donación de un particular. A su vez, después de la resolución judicial, los órganos jurisdiccionales españoles podrán adoptar medidas de ejecución de los bienes “que se encuentren en territorio español”, si los bienes objeto de medidas de ejecución *se utilizan o están destinados a ser utilizados por el Estado (extranjero) con fines distintos de los oficiales no comerciales*, y tengan a su vez *un nexo con el Estado contra el que se ha incoado el proceso, aunque se destinen a una actividad distinta de la que dio lugar al litigio*¹⁶². Primeramente, lo que viene a decir la LO 16/2015 es que, los órganos jurisdiccionales españoles pueden ejecutar actos contra los bienes de gestión, y no de imperio, del Estado extranjero. Después, el nexo entre el Ayuntamiento de Tánger

¹⁵⁵ LO 16/2015. *op. cit.* art. 20.1.

¹⁵⁶ *Ibid.* 20. 1. a). b) c). y e).

¹⁵⁷ *Ibid.* art. 20.1.d.

¹⁵⁸ Patrimonio Material Nacional (2023?). [Conjunto de datos]. Ministerio de la Juventud, Cultura y Deporte, Departamento de Cultura, Reino de Marruecos. <https://mjcc.gov.ma/fr/culture/patrimoine-materiel-national/>

¹⁵⁹ Textos Jurídicos (2023?). [Conjunto de datos]. Ministerio de la Juventud, Cultura y Deporte, Departamento de Cultura, Reino de Marruecos. <https://mjcc.gov.ma/fr/departements/culture/textes-juridiques/>

¹⁶⁰ Dahir n. 1-80-341 du 17 safar 1401 (25 décembre 1980) portant promulgation de la loi n. 22-80 relative à la conservation des monuments historiques et des sites, des inscriptions, des objets d'art et d'antiquité. art. 1. <https://mjcc.gov.ma/wp-content/uploads/2022/02/Loi-22.80.pdf>

¹⁶¹ LO 16/2015. *op. cit.* art. 12. c).

¹⁶² *Ibid.* art. 17.2.

y el Palacio de los Álava-Esquivel es netamente manifiesto, y es que recientemente los representantes de la titularidad del palacio, han manifestado expresamente su correlación para con el inmueble. Por consiguiente, para la municipalidad de Tánger, el palacio vitoriano es un bien de gestión por las siguientes razones; no está declarado como patrimonio cultural marroquí; fue donado a la municipalidad de Tánger por un particular del Estado español; no se halla en territorio marroquí. A la inversa, dicho palacio es tanto para el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz como para España un bien de imperio por las siguientes estimaciones; es patrimonio cultural vasco; le fue donado al Ayuntamiento de Tánger a través de un acto de gestión por parte de una persona física y no representante del Estado español; se halla en territorio español.

26. Por estas razones, a través del entramado jurídico de la LO 16/2015 se concluye que, el Ayuntamiento de Tánger no podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción ni de ejecución para oponerse al pago de las multas y al acto expropiatorio para con el Palacio de los Álava-Esquivel, ante los tribunales españoles.

IV. Normativa legal para la expropiación

1. Legislación del Derecho español

27. En el sistema jurídico español, la Constitución es la norma principal que, a través del artículo 33 deslinda para el derecho de propiedad, tanto garantías como deberes y delimitaciones. Sin embargo, la CE no especifica cuál es el tipo de propiedad susceptible a delimitación y privación, obviando las circunstancias en la que esta pudiera ser nacional o extranjera. El artículo 33 CE estipula lo siguiente:

*1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. 2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes. 3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes.*¹⁶³

28. Los tres apartados del artículo 33 están directamente relacionados y “no pueden ser artificialmente separados”¹⁶⁴, por lo que se entienden en conjunto a su entero texto constitucional¹⁶⁵. El párrafo primero afirma que, la propiedad es un derecho constitucional y una garantía patrimonial del titular ante el poder público¹⁶⁶. No obstante, el artículo 33 se encuentra en la Sección 2 sobre “Los derechos y deberes de los ciudadanos” del capítulo Segundo del Título 1. Por ende, la CE no califica el derecho de propiedad como un derecho “fundamental”. El segundo párrafo, hace mención a la “intervención delimitadora”¹⁶⁷, parte del campo de la jurisdicción. Esta dispone las cargas públicas que son inherentes al derecho del dominio y que delimitan el ejercicio del mismo derecho. Sin embargo, estas delimitaciones no suponen una privación del derecho de propiedad, por lo que tampoco acarrearán una compensación económica. El tercer y último párrafo, halla su raíz en el artículo 349 del CC, y hace mención a la “intervención expropiatoria”¹⁶⁸, parte del ámbito de la ejecución. Este párrafo regula la expropiación forzosa, legitimada a cambio de la indemnización correspondiente. En concreto, la ejecución expropiatoria persigue un fin que no podrá ser alcanzado sólo por delimitaciones. Por consiguiente, la CE persigue el equilibrio entre las garantías de los títulos dominicales y sus restricciones y privaciones. Asimismo, para la CE la causa de las intervenciones para con la propiedad es siempre el interés público. Es más, en el artículo 128 CE se enuncia que, *toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordi-*

¹⁶³ CE. *op. cit.* art. 33.

¹⁶⁴ STC 37/1987, de 26 de marzo, sobre la Reforma Agraria Andaluza, en J. BARNÉS. *op. cit.* p. 28.

¹⁶⁵ *Ibid.* p. 28.

¹⁶⁶ *Ibid.* p. 26.

¹⁶⁷ *Ibid.* p. 43.

¹⁶⁸ *Id.*

*nada al interés general*¹⁶⁹. De hecho, la razón social hace que la ejecución de la privación de la propiedad sea de justa causa y en equilibrio entre el interés particular y el social¹⁷⁰. De esta manera, la CE confía a la administración, al legislador o al juez, concertar las intervenciones que superpongan el interés común al derecho de propiedad. Además, la función social y el deber de conservar son ejercicios que más relacionados están con un tipo de bien; el inmueble de patrimonio cultural¹⁷¹. En particular, la reguladora del urbanismo de la CAV es, la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo (LSU)¹⁷². Esta ley equipara el patrimonio cultural a la realidad urbanística y a los elementos de los mismos. Por ello, como el urbanismo es una función pública, la ley reglamenta entre otros, el derecho al disfrute de la ciudadanía de los bienes integrantes del patrimonio cultural¹⁷³, la conservación y rehabilitación de las edificaciones¹⁷⁴, la ejecución de sanciones por infracción¹⁷⁵, y la intervención del ejercicio del derecho dominical respecto a las edificaciones¹⁷⁶. En efecto, la LSU reglamenta tanto la ejecución delimitadora como la expropiatoria. A su vez, la ley estatal LEF pauta la ejecución expropiatoria para todo el urbanismo español en su conjunto. Por lo tanto, el Palacio de los Álava-Esquivel es una propiedad expropiable bajo la normativa constitucional.

29. Por un lado, respecto a la ejecución delimitadora, la LSU establece que *los propietarios de (...) edificios tienen el deber de mantenerlos en condiciones de seguridad, salubridad, ornato público y decoro, realizando los trabajos y las obras precisas para conservarlos o rehabilitarlos, a fin de mantener las condiciones requeridas para la habitabilidad o el uso efectivo*¹⁷⁷. De igual manera, la norma también facilita al propietario el ejercicio de sus cargas públicas, y enuncia que en caso de que este fuera obligado a ejecutar “obras de conservación o rehabilitación” que excedieran el 50% en caso de las actuaciones integradas, o el 60% en el caso de las actuaciones aisladas del coste de reposición del inmueble, el propietario podrá requerir a la Administración para que “sufrague el exceso” sin tener en cuenta el valor del suelo¹⁷⁸. Entre estas obligaciones del propietario, están las órdenes dictadas por los ayuntamientos *para la ejecución de obras de reparación, conservación y rehabilitación de los edificios y construcciones deteriorados o en condiciones deficientes para su uso efectivo legítimo*¹⁷⁹, además de asegurar la estructura óptima para el edificio *para evitar riesgos a terceros*¹⁸⁰. Igualmente, en caso de que el propietario no accediera a ejecutar las órdenes de “carácter ejecutivo”¹⁸¹ de mejora para el edificio, el “incumplimiento injustificado” de estas órdenes podrá llevar al Ayuntamiento responsable a adoptar ciertas medidas como; *obras subsidiarias a costa del obligado hasta el límite del deber normal de conservación*¹⁸²; *la imposición de hasta diez multas coercitivas con periodicidad mínima mensual, por valor máximo, cada una de ellas, del 10% del coste estimado de las obras ordenadas. En todo caso, transcurrido el plazo para el cumplimiento voluntario derivado de la última multa coercitiva impuesta, la administración actuante estará obligada a ejecutar subsidiariamente la reposición de la realidad física alterada, con cargo al infractor*¹⁸³; *la incoación del expediente de expropiación forzosa*¹⁸⁴. Mismamente, la Ley 6/2019, de 9 de mayo, de Patrimonio Cultural Vasco (LPCV)¹⁸⁵, también

¹⁶⁹ CE. *op. cit.* art. 128.1.

¹⁷⁰ J. BARNÉS. *op. cit.* p. 36.

¹⁷¹ *Ibid.* p. 40.

¹⁷² Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo, en “BOE” núm. 266, de 4 de noviembre de 2011. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2011-17400>

¹⁷³ *Ibid.* art. 4.3.e.

¹⁷⁴ *Ibid.* art. 2.1.d.

¹⁷⁵ *Ibid.* art. 2.3.g.

¹⁷⁶ *Ibid.* art. 2.3.f.

¹⁷⁷ *Ibid.* art.199.1.

¹⁷⁸ *Ibid.* art. 199.2./3.

¹⁷⁹ *Ibid.* art. 203.1.

¹⁸⁰ *Ibid.* art. 203.2.

¹⁸¹ *Ibid.* art. 203.4.

¹⁸² *Ibid.* art. 203.4.a.

¹⁸³ *Ibid.* art. 203.4.b.

¹⁸⁴ *Ibid.* art. 203.4.c.

¹⁸⁵ Ley 6/2019, de 9 de mayo, de Patrimonio Cultural Vasco, en “BOE” núm. 128, de 29 de mayo de 2019. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2019-7957>

reitera los deberes de conservación del titular del derecho de propiedad¹⁸⁶. Igualmente, se dispone que si el propietario no cumple las órdenes de ejecución, la Administración competente llevará a cabo la ejecución subsidiaria con cargo al propietario¹⁸⁷. Asimismo, se impondrán multas coercitivas¹⁸⁸, siguiendo lo estipulado en la LSU, y en el *caso de que la persona obligada acumule diez multas coercitivas, procederá la ejecución subsidiaria con cargo a la misma, lo que podrá llevarse a cabo sin necesidad de imposición de multas*¹⁸⁹. La LPCV también aclara que, *la imposición de multas coercitivas resulta independiente y compatible con las multas que se impongan en concepto de sanción, no teniendo aquéllas naturaleza sancionadora*¹⁹⁰. De igual forma, la Ley 16/ 1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (LPHE)¹⁹¹, estipula que *los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español deberán ser conservados, mantenidos y custodiados por sus propietarios o, en su caso, por los titulares de derechos reales o por los poseedores de tales bienes*¹⁹², siendo estas subordinadas a *que no se pongan en peligro los valores que aconsejen su conservación*¹⁹³. Por ello, se concluye que a falta de cumplir con los deberes mencionados, *la Administración competente, previo requerimiento a los interesados, podrá ordenar su ejecución subsidiaria, pudiendo también realizar de modo directo las obras necesarias, si así lo requiere la más eficaz conservación de los bienes*¹⁹⁴. A su vez, la LPHE dispone la posibilidad de sancionar al propietario por el incumplimiento de los deberes¹⁹⁵. Por lo tanto, la propiedad del Palacio de los Álava-Esquivel, contiene en sí misma cargas públicas que el propietario debe asumir. Además, como bien se ha confirmado a través de la LO 16/2015, el Ayuntamiento de Tánger no gozará ante ningún tribunal español de la inmunidad de jurisdicción, para eludir dichas obligaciones, multas o sanciones.

30. Por otro lado, respecto a la ejecución expropiatoria, la principal norma reguladora de la misma es la LEF. Esta entiende como objeto de la ley, *la expropiación forzosa por causa de utilidad pública o interés social comprendiendo cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, cualesquiera que fueren las personas o Entidades a que pertenezcan*¹⁹⁶. Igualmente, para proceder al expediente expropiatorio mediante la LEF, deberá declararse la razón social de este¹⁹⁷, y hacerle constar al propietario de la incoación del expediente¹⁹⁸. En particular, los bienes de valor artístico, histórico y arqueológico, disponen de un procedimiento especial de expropiación según la LEF¹⁹⁹, y su ejecución es posterior al “Orden ministerial por la que se acuerde la expropiación”²⁰⁰. Empero, la LEF no demanda que la expropiación deba ser causa directa de la negligencia del propietario. A su vez, la misma ley establece que el beneficiario del bien expropiado puede ser cualquier persona física o jurídica²⁰¹. Entre tanto, está la normativa autonómica LSU que, deberá regirse por la LEF sin perjuicio de las leyes autonómicas vascas y su estructura administrativa pública propia²⁰². Asimismo, la LSU dispone lo siguiente en el primer apartado del artículo 174:

¹⁸⁶ *Ibid.* art. 29.

¹⁸⁷ *Ibid.* art.30.1.

¹⁸⁸ *Ibid.* 30.2.

¹⁸⁹ *Ibid.* art. 30.3.

¹⁹⁰ *Ibid.* art. 30.4.

¹⁹¹ Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, en “BOE” núm. 155, de 29 de junio de 1985. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12534>

¹⁹² *Ibid.* art. 36.1.

¹⁹³ *Ibid.* art. 36.2.

¹⁹⁴ *Ibid.* art. 36.3.

¹⁹⁵ *Ibid.* art. 76.

¹⁹⁶ LEF. *op. cit.* art. 1.1.

¹⁹⁷ *Ibid.* art. 9.

¹⁹⁸ *Ibid.* art. 3.1.

¹⁹⁹ *Ibid.* Título III. Capítulo III.

²⁰⁰ *Ibid.* art. 79.

²⁰¹ *Ibid.* art. 2.3.

²⁰² LSU. *op. cit.* art. 178.1.

*el sistema de expropiación se aplicará por unidades de ejecución completas y comprenderá todos los bienes y derechos incluidos en ellas, sin perjuicio de que también pueda aplicarse a solares o parcelas incluidos en actuaciones aisladas o para la ejecución de sistemas generales o elementos de los mismos*²⁰³.

31. En efecto, esta disposición de la LSU ampara la posibilidad de ejecutar unidades de expropiación de los “elementos”, como podrán ser los elementos edificatorios de, por ejemplo, suelos no objetos de expropiación. Por lo tanto, según la LSU, es viable expropiar el Palacio de los Álava-Esquivel independientemente del suelo y su edificio contiguo. Igualmente, la LSU estipula que la administración expropiante deberá elegir la forma de gestión del procedimiento expropiatorio:

*optando entre la gestión directa e indiferenciada por la administración actuante; la gestión a través de una entidad de derecho público dependiente o adscrita a ella; la encomienda a otra administración pública territorial o a una entidad de derecho público dependiente o adscrita a ella, previa suscripción del correspondiente convenio, o la atribución de la gestión a un tercero concesionario.*²⁰⁴

32. A continuación, la LSU no estipula la obligatoriedad de las previas multas coercitivas para ejecutar la expropiación. En particular, la expedición de las 10 multas coercitivas comentadas anteriormente, sirven para apremiar al propietario de hacerse cargo de las obras ejecutadas, y no como el primer paso necesario de la administración expropiante para llegar a la privación de los bienes. En concreto, la LSU establece que, *la aprobación definitiva de planes de ordenación urbanística y programas de actuación urbanizadora, así como el establecimiento de reservas para constituir o ampliar patrimonios públicos de suelo, y el incumplimiento de los deberes y obligaciones urbanísticos establecidas en la presente ley, serán legítimas causas de expropiación*²⁰⁵. Asimismo, la LSU precisa a través del artículo 177 que, *la adquisición de bienes y derechos cuya preservación y puesta en valor se estime necesaria por el valor de sus características históricas y culturales, serán también supuestos expropiatorios por motivos urbanísticos*²⁰⁶. A su vez, esta última causa expropiatoria no necesita de supuestos infracciones del propietario para su ejecución²⁰⁷. De todos modos, sobre la causa expropiatoria por el incumplimiento de los deberes del propietario, la LSU estipula que la Administración responsable deberá notificar al propietario previamente al inicio del procedimiento expropiatorio, *el supuesto de incumplimiento que concurra, otorgándole un plazo de un mes para formular alegaciones*²⁰⁸. Así, al propietario le será concedido *un plazo no inferior a un mes ni superior a tres para subsanar las causas del expediente*²⁰⁹. Si se cumplieran las condiciones de subsanación, la Administración iniciará el expediente sancionador, sustitutorio de la expropiación²¹⁰, y en el caso que no se cumplieran se iniciará el expediente expropiatorio²¹¹. De hecho, actualmente, la Administración vitoriana está ejecutando la vía de las 10 multas coercitivas que concluyen en la causa expropiatoria. Por ello, si la causa de la incoación expropiatoria fuera por incumplimiento del propietario, al ser subsanada la deuda se detendrá la ejecución expropiatoria. No obstante, como la LSU no exige la existencia de infracciones del propietario como causa expropiatoria de un bien, al incoar el expediente expropiatorio, por ejemplo, por la puesta en valor del bien cultural, la ejecución expropiatoria no se detendrá aunque la deuda fuera subsanada. Al mismo tiempo, la LPHE, a través del artículo 37.3, también establece que el peligro del deterioro del bien o la incompatibilidad de valores del bien son causa expropiatoria²¹². Precisamente, este artículo de la ley “contempla una situación de crisis”²¹³ para el patrimonio cultural. De cualquier manera, la ley afirma igualmente que,

²⁰³ *Ibid.* art. 174.1.

²⁰⁴ *Ibid.* art. 174.3.

²⁰⁵ *Ibid.* art. 176.

²⁰⁶ *Ibid.* art. 177.d.

²⁰⁷ *Ibid.* art. 176.1.

²⁰⁸ *Ibid.* art. 184.1.

²⁰⁹ *Ibid.* art. 184.2.

²¹⁰ *Ibid.* art. 184.4.

²¹¹ *Ibid.* art. 184.3.

²¹² LPHE. *op. cit.* art. 37.3.

²¹³ J. BARCELONA LLOP. (2019). El patrimonio cultural y la expropiación forzosa: las causas de expropiar. *Revista de Administración Pública*, 209, 93-144, p. 126. <https://recyt.fecyt.es/index.php/RAP/article/view/78116>

*el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el presente artículo será causa de interés social para la expropiación forzosa de los bienes declarados de interés cultural por la Administración competente*²¹⁴. Por lo tanto, para la LPHE no es obligatorio la existencia del incumplimiento de los deberes de conservación del propietario para justificar la expropiación del bien. A su vez, la LPCV estipula que “la defensa y protección de los bienes culturales”, “el incumplimiento de los deberes de conservación”, y “la declaración de ruina de un inmueble protegido”, serán *consideradas causas de utilidad pública o interés social para la expropiación de los bienes culturales protegidos*²¹⁵.

33. Mismamente, algunas sentencias españolas sobre la expropiación de bienes culturales acreditan la posibilidad de expropiar dichos bienes, de forma inmediata o sin la obligatoriedad de la existencia de las infracciones del propietario. Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia (STSJ) de Aragón 149/1998, de 1 de abril, (recursos 290 y 440/1995), legitimó la expropiación urgente del yacimiento arqueológico “La Malena”, en Zaragoza, por haberse hallado en él bienes de valor cultural²¹⁶. También, el Decreto 31/1992, de 17 de marzo, de la Diputación de Aragón²¹⁷, por el que se declaró la ocupación de la zona, alegó simplemente para la expropiación de la finca *la suma importancia del Bien de Interés Cultural en cuestión*²¹⁸. El Decreto no mencionó los peligros que cernían sobre los bienes culturales, aunque se sustentó en el artículo 37.3 LPHE²¹⁹. Y es que aunque la compatibilidad del artículo 37.3 con la ausencia de peligro para los bienes culturales no sea del todo afirmativa, lo que destaca es que para la expropiación de bienes culturales, la doctrina española no obliga necesariamente la justificación de los peligros que ciernen sobre él. Por otra parte, la expropiación de la finca en el que se halla el yacimiento arqueológico “El Convento”, también en Zaragoza, se fundamentó nuevamente en el artículo 37.3 LPHE, indicando sin mayores detalles, *la suma importancia del Bien de Interés Cultural en cuestión*²²⁰. Además, en la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 19 de enero de 1999, (recurso 5127/1994), se afirmó que la resolución administrativa fue válida por haber sido motivada *in aliunde*, o en otras palabras, por la remisión de material obrante en documentos²²¹. De hecho, en el expediente constaba *la descripción del objeto expropiado y de las razones por las que las circunstancias en que se hallaba el mismo en ese momento no eran precisamente las óptimas para su adecuada conservación*²²². Es más, la motivación *in aliunde*, es aceptada por el TS y el Tribunal Constitucional (TC)²²³. De todos modos, el fallo de la STS, de 7 de julio de 2004, (recurso 1647/2000), reprochó a la Administración expropiatoria que acudiese en primer lugar y directamente a la ejecución expropiatoria²²⁴. El fallo dictaminó que no procede *emparejar automáticamente deberes básicos y supuestos de expropiación por incumplimiento*²²⁵. Por lo tanto, el principio de proporcionalidad sugiere que, antes de iniciar el expediente expropiatorio, deban ser imputados los incumplimientos para con los deberes básicos. Sin embargo, esta sentencia y el artículo 37.3 LPHE sí contemplan que, la expropiación es oportuna si “otras medidas menos drásticas” no permiten alcanzar el fin social perseguido²²⁶.

34. Por consiguiente, el Palacio de los Álava-Esquivel es objeto de incoación expropiatoria según el Derecho español. Además, aunque el Ayuntamiento de Tánger abonara la deuda contraída con

²¹⁴ LPHE. *op. cit.* art. 36.4.

²¹⁵ LPCV. *op. cit.* art. 31.

²¹⁶ J. BARCELONA LLOP. (2019). *op. cit.* p. 127.

²¹⁷ Decreto 31/1992, de 17 de marzo, de la Diputación General de Aragón, por el que se declara bien de interés cultural, con la categoría de zona arqueológica, el yacimiento arqueológico “La Malena”, sito en el municipio de Azuara, provincia de Zaragoza, en “BOE” núm. 117, de 15 de mayo de 1992. <https://www.boe.es/boe/dias/1992/05/15/pdfs/A16663-16664.pdf>

²¹⁸ J. BARCELONA LLOP. (2019). *op. cit.* p. 127.

²¹⁹ *Id.*

²²⁰ *Id.*

²²¹ *Ibid.* p. 128.

²²² *Ibid.* p. 128-129.

²²³ *Ibid.* p. 129.

²²⁴ *Ibid.* p. 124.

²²⁵ J. M. DÍAZ LEMA. (2014). Propiedad urbana y expropiación por incumplimiento de deberes (en particular, el deber de conservación), *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 291, pp.100-101, en *id.*

²²⁶ J. BARCELONA LLOP. (2019). *op. cit.* p. 124.

el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, se podrá justificar igualmente la incoación expropiatoria del inmueble. De hecho, la restitución económica no garantiza que este no volverá a incurrir en su incumplimiento de los deberes para con el palacio. A su vez, cabe recordar que la LO 16/2015 niega al Ayuntamiento de Tánger la inmunidad de ejecución, ante los tribunales españoles, para eludir dicha expropiación.

2. Normativa y jurisprudencia internacional

35. Respecto a la normativa internacional para con las privaciones de bienes de propiedad extranjera, destaca la mencionada Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados de 1974 de la AGNU. A su vez, también sobresalen la Resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1962, titulada “Soberanía permanente sobre los recursos naturales”²²⁷, y la Resolución 3171 (XXVII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 17 de diciembre de 1973, titulada “Soberanía permanente sobre los recursos naturales”²²⁸. Mismamente, el origen del desarrollo teórico de la Carta está en estas últimas resoluciones. Así pues, la Carta de la AGNU aboga por la plena soberanía de Estado, en el marco de la jurisdicción del mismo, para las privaciones de propiedad que se hallen dentro de las fronteras de ese Estado. Por lo tanto, la Carta excluye la intervención del Derecho internacional y propugna la exclusiva competencia del Derecho interno de cada Estado privativo. Igualmente, la Carta estipula que, “todo Estado tiene el derecho soberano e inalienable” de efectuar su sistema legal “sin injerencia, coacción ni amenaza externas de ninguna clase”²²⁹. En efecto, el artículo 2 de la Carta dispone lo siguiente:

*Todo Estado tiene y ejerce libremente soberanía plena y permanente, incluso posesión, uso y disposición, sobre toda su riqueza, recursos naturales y actividades económicas*²³⁰. (...) *Todo Estado tiene el derecho de: Nacionalizar, expropiar o transferir la propiedad de bienes extranjeros, en cuyo caso el Estado que adopte esas medidas deberá pagar una compensación apropiada, teniendo en cuenta sus leyes y reglamentos aplicables y todas las circunstancias que el Estado considere pertinentes. En cualquier caso en que la cuestión de la compensación sea motivo de controversia, ésta será resuelta conforme a la ley nacional del Estado que nacionaliza y por sus tribunales, a menos que todos los Estados interesados acuerden libre y mutuamente que se recurra a otros medios pacíficos sobre la base de la igualdad soberana de los Estados y de acuerdo con el principio de libre elección de los medios*²³¹.

36. Para precisar, la Carta obtuvo 120 votos a favor, 10 abstenciones y 6 votos en contra: Marruecos votó a favor, España se abstuvo, y por ejemplo, Estados Unidos y Reino Unido votaron en contra²³². El artículo 2 de la Carta, en especial, generó extensas disputas entre los Estados. De hecho, en esta disposición están ausentes el principio de utilidad pública y la de no discriminación al extranjero. Además, la compensación está domesticada, excluida de cualquier norma internacional. Por ello, la cuestión de si la Carta es vinculante de ley causó y causa gran debate. De cualquier manera, podrá decirse que, la Carta puede tener un efecto vinculante entre los Estados que votaron a favor, o con poca o ninguna reserva²³³. En particular, el Embajador Jorge Castañeda, presidente del Working Group de la Carta, ma-

²²⁷ Resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1962, titulada “Soberanía permanente sobre los recursos naturales”. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/general-assembly-resolution-1803-xvii-14-december-1962-permanent>

²²⁸ Resolución 3171 (XXVII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 17 de diciembre de 1973, titulada “Soberanía permanente sobre los recursos naturales”. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/286/96/PDF/NR028696.pdf?OpenElement>

²²⁹ Carta AGNU 1974. *op. cit.* art. 1.

²³⁰ *Ibid.* art. 2.1.

²³¹ *Ibid.* art. 2.2. c.

²³² AGNU, 29º período de sesiones: 2315º sesión plenaria, 12 de diciembre de 1975, Nueva York, pp. 43-45, en G. W. HAIGHT. (1975). The New International Economic Order and the Charter of Economic Rights and Duties of States. *International Lawyer*, 9(4), 591- 604, p. 597. <https://core.ac.uk/download/pdf/216914186.pdf>

²³³ B. H. WESTON. (1981). The Charter of Economic Rights and Duties of States and the Deprivation of Foreign Owned Wealth. *The American Journal of International Law*, 75(3), 437-475, p. 452. <https://www.jstor.org/stable/2200684>

nifestó que la misma es un instrumento para establecer un “ordenamiento universalmente legal” para el progreso de la “comunidad internacional”²³⁴.

37. Asimismo, la jurisprudencia internacional sobre las privaciones de propiedad extranjera, se ha inclinado a aceptar la soberanía de Estado, sin la obligada validación del Derecho internacional. Por ejemplo, en el Caso Sabbatino (1964) se dedujo que no corresponde a los Tribunales de un Estado determinar si son o no lícitas los actos soberanos de otro Estado²³⁵. Por otro lado, en el Caso Ricaud contra American Metal Company (1918), no se interpreta que la ejecución expropiatoria se metiera a discusión conforme al Derecho Internacional²³⁶. También en el Caso del Tabaco de Bremen (1961), la Sentencia del Tribunal de Bremen fue aceptar la soberanía del Estado extranjero²³⁷. De la misma manera, las razones de utilidad pública establecidas por el Estado privativo, tampoco suelen ser cuestionadas desde el Derecho internacional²³⁸. Precisamente, en la Demanda Savage (EE.UU contra El Salvador) (1898), el Caso Triunfo (EE.UU contra El Salvador) (1902-1903) y la Demanda de Walter Fletcher Smith (EE.UU contra Cuba) (1929), no fueron desarrollados la utilidad pública ni la ausencia de esta²³⁹. Para añadir, tampoco hay un consenso internacional de si cualquiera de los Estados partícipes se negara a revisar el acto privativo en los tribunales, este incurriría en el delito internacional de denegación de justicia²⁴⁰. Aun así, el conflicto podrá complicarse si el bien expropiado fuera transferido a un causahabiente del Estado extranjero²⁴¹.

38. Por consiguiente, como Marruecos votó a favor de la Carta, se estima que el Ayuntamiento de Tánger aprueba la expropiación de sus bienes por un Estado extranjero, siempre y cuando estos se hallen en el territorio extranjero. Por lo tanto, la aceptación de la Carta de la AGNU, supone para la LO 16/2015 un pacto internacional por el que la municipalidad de Tánger renuncia a la inmunidad de ejecución ante tribunales españoles, para con los actos de ejecución del Estado español.

3. Acuerdos bilaterales de suma global

39. Respecto a las privaciones de propiedad extranjeras posteriores a la II Guerra Mundial, la gran mayoría se han resuelto mediante los acuerdos bilaterales de suma global o *lump sum agreements*²⁴². Estos pactos tienen como finalidad solucionar un acto de privación de propiedad extranjera. Habitualmente, el origen de la discordancia de los actos de Estado por privaciones de bienes, suele ser por las medidas que afectan a individuos en masa, una compensación incompleta²⁴³ o falta de la misma. Por ello, estos pactos surgieron progresivamente con el desarrollo del Derecho internacional de reclamaciones y responsabilidad de los Estados²⁴⁴. En efecto, en los casos en los que las privaciones de propiedad extranjera se ejecutan únicamente en base al Derecho interno, estos acuerdos bilaterales suponen una solución política del conflicto²⁴⁵. Por lo tanto, los acuerdos de suma global suponen también una

²³⁴ G. W. HAIGHT. *op. cit.* p. 596. Traducción de la autora.

²³⁵ I. SEIDL-HOHENVELDERN. (1966). Expropiaciones de Estados extranjeros y Tribunales internos. *Revista de Estudios Políticos*, 147-148, 107-135, pp. 109-110. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-estudios-politicos/numero-147-148-mayoagosto-1966/expropiaciones-de-estados-extranjeros-y-tribunales-internos-1>

²³⁶ *Ibid.* pp. 122-123.

²³⁷ *Ibid.* p. 110.

²³⁸ B. H. WESTON. *op. cit.* p. 440.

²³⁹ *Id.*

²⁴⁰ I. SEIDL-HOHENVELDERN. *op. cit.* pp. 122-123.

²⁴¹ VAN PANHUY, H. F. (1964) In the Borderland Between the Act of State Doctrine and Questions of Jurisdictional Immunities. *The International and Comparative Law Quarterly*, 13 (4), 1193-1213, en *ibid.* p. 117.

²⁴² B. H. WESTON. *op. cit.* p. 456.

²⁴³ C. F. AMERASINGHE. (1994). “Assessment of Compensation for Expropriated Foreign Property: Three Critical Problems”, en Macdonald, R (ed.), *Essays in Honour of Wang Tieya*, Países Bajos, 55-66, en M. Á. RUIZ COLOMÉ. (1998). *Lump Sum Agreements in Spanish Practice*, *Spanish yearbook of international law*, VI, 1-30, p. 13.

²⁴⁴ M. Á. RUIZ COLOMÉ. *op. cit.* pp. 6-7.

²⁴⁵ *Ibid.* pp. 15-16.

protección diplomática para los nacionales afectados²⁴⁶, gestionada, a su vez, por la vía jurisdiccional del Estado privativo. Así, estos pactos evitan la intervención de un órgano internacional, ya que el acuerdo por sí mismo se presenta como una negociación legal y autónoma²⁴⁷, previniendo cualquier reclamación en los tribunales. De todos modos, estos pactos bilaterales sí pueden ser precedidos o acompañados por un mediador, conciliador o árbitro²⁴⁸. En suma, los acuerdos de suma global son prácticas de una conveniencia “extralegal”²⁴⁹, *sui generis* o *lex specialis*, y muchas veces parecen más tratos comerciales que acuerdos de compensación²⁵⁰. Además, la LEF dispone que, la Administración y el titular de los *bienes podrán convenir la adquisición de los bienes o derechos (...) libremente y por mutuo acuerdo, en cuyo caso, una vez convenidos los términos de la adquisición amistosa, se dará por concluido el expediente iniciado*²⁵¹. Igualmente, como se ha mencionado en las resoluciones anteriores, la AGNU también ha aceptado ampliamente la utilización de pactos bilaterales para resolver los conflictos que generan las privaciones de propiedad. De hecho, los acuerdos de suma global han marcado una nueva fórmula bajo el Nuevo Orden Económico Internacional, como un método de “relativización de la responsabilidad” de los Estados²⁵².

40. En el caso de España, este ha negociado varios acuerdos de este tipo, aunque no ha generado escritos doctrinales al respecto²⁵³. De la misma manera, en comparación con otros Estados, la legislación española no tiene establecido un modelo específico de uso general para estos acuerdos bilaterales²⁵⁴. Por lo tanto, cada acuerdo que desarrolla el Gobierno español en cuestión, tiene en cuenta las relaciones políticas y económicas de cada caso en el contexto del litigio. Entonces, para la privación del Palacio de los Álava-Esquivel podrá ser utilizado este tipo de acuerdo, bien antes de la ejecución expropiatoria o después.

V. Indemnización por expropiación

1. Concepto indemnizatorio

41. Las disputas generadas por privaciones de propiedad, suelen darse mayoritariamente por motivos que conciernen a la compensación. Es por ello que el aspecto del *justum pretium* como cuantía indemnizatoria requiere de un desarrollo particular.

42. En primer lugar, la indemnización no es de naturaleza sancionadora²⁵⁵. Esto es, la indemnización no se efectúa para compensar una medida ilegal, sino para que la medida sea legal²⁵⁶. A su vez, la indemnización es la compensación económica destinada a reparar los daños ocasionados, en este caso, por privación de propiedad. Su principio base de indemnidad se fundamenta en “los principios más puros de la justicia conmutativa”²⁵⁷. Por lo tanto, el justiprecio debe coincidir, en principio, con el “valor de sustitución o reposición” del bien privado²⁵⁸. Esto significa que, al propietario original, debe

²⁴⁶ R. B. LILLICH. y B. H. WESTON. (1975). *International Claims: Their Settlement by Lump Sum Agreements*, Charlottesville, vol. I. pp. 36, en *ibid.* p. 13.

²⁴⁷ M. Á. RUIZ COLOMÉ. *op. cit.* p. 14.

²⁴⁸ *Ibid.* p. 14.

²⁴⁹ B. H. WESTON. *op. cit.* p. 454.

²⁵⁰ Con especial mención al Convenio entre España y Cuba (1986) y su parecido con los demás acuerdos de este tipo, en M. Á. RUIZ COLOMÉ. *op. cit.* p. 26.

²⁵¹ LEF. *op. cit.* art. 24.

²⁵² M. Á. RUIZ COLOMÉ. *op. cit.* p. 29.

²⁵³ *Ibid.* p. 18.

²⁵⁴ *Id.*

²⁵⁵ T. GARCÍA CASTILLO. *op. cit.* p. 244.

²⁵⁶ *Id.*

²⁵⁷ STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 26 junio de 1992, en G. DOMÉNECH PASCUAL, (2012, octubre - diciembre). El principio de indemnidad y sus excepciones. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 156, p. 61. <https://www.uv.es/gadopas/2012.principio.indemnidad.pdf>

²⁵⁸ G. DOMÉNECH PASCUAL. *op. cit.* p. 61.

serle restituido íntegramente el valor neto de lo que le ha sido privado, para que este pueda adquirir un bien de valor análogo al bien privado²⁵⁹. En efecto, la indemnización por privación de propiedad debe conseguir que el valor del patrimonio del expropiado antes y después de la actuación expropiatoria sea idéntico²⁶⁰, y lograr una compensación económica adecuada, sin que tal compensación pueda representar ni un enriquecimiento injusto ni una mengua injustificada del patrimonio del expropiado²⁶¹. Sin embargo, son ampliamente reconocidos las desviaciones de este principio tanto en el Derecho español como en el Derecho Internacional. De hecho, para computar el justiprecio, la administración, el legislador o el juez, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso, ostenta el margen de apreciación para desviarse del valor original del bien. Así, se establece el justiprecio por encima o por debajo del valor del bien privado, a la baja o al alza. Especialmente, si la privación persigue un fin de utilidad pública o de justicia social, el reembolso económico suele ser menor al valor neto o de mercado del bien privado²⁶².

2. Indemnización en el Derecho español

43. La indemnización es, en el Derecho español, una garantía constitucional. A la luz del artículo 33.3 CE, no basta con que el fin expropiatorio sea legitimado por el interés general, sino que lo expropiado debe ser sustituido por el amparo económico para que esta ejecución sea legítima²⁶³. Como resultado, la falta de indemnización podrá incurrir en un acto inconstitucional por violación de la garantía indemnizatoria. No obstante, la doctrina del Derecho español le ha dedicado escasa atención a la complejidad de la indemnización²⁶⁴. La CE establece la indemnización como garantía expropiatoria, pero en la doctrina falta una mayor profundidad jurisprudencial sobre la naturaleza, modalidad y cuantía de la misma²⁶⁵. Esto es, la CE no establece la forma jurídica en la que haya que ejecutar la indemnización. De todos modos, respecto al cálculo del justiprecio, la CE sí considera el principio de proporcionalidad como margen de apreciación. Por ejemplo, el TC, en la segunda Sentencia del Caso Rumasa, STC 166/1986, de 19 de diciembre, declaró que la indemnización exigida por el art. 33.3 CE *debe corresponder con el valor económico del bien o derecho expropiado*, aunque proceda que

*entre este [el valor económico del derecho expropiado] y la cuantía de la indemnización exista un proporcional equilibrio para cuya obtención el legislador puede fijar distintas modalidades de valoración, dependientes de la naturaleza de los bienes y derechos expropiados, debiendo ser éstas respetadas, desde la perspectiva constitucional, a no ser que se revelen manifiestamente desprovistas de base razonable*²⁶⁶.

44. Igualmente, la indemnización como garantía expropiatoria es establecida también en el artículo 349 CC²⁶⁷ y en el artículo 124 de la LEF²⁶⁸. Por otro lado, la LEF enuncia que *la fijación de la indemnización constituye, como es obvio, el problema capital de una Ley de expropiación*²⁶⁹. Como se ha mencionado, según la LEF, los bienes integrantes del patrimonio cultural disponen de un procedimiento expropiatorio especial que, a su vez, se diferencia en la gestión y cómputo del justiprecio:

El justo precio de los bienes se determinará mediante tasación pericial por una Comisión compuesta por tres académicos, designados, uno por la Mesa del Instituto de España, otro por el Ministerio de Educación y Cultura y el tercero por el propietario del bien afectado. La designación podrá recaer

²⁵⁹ *Id.*

²⁶⁰ STSJ de la comunidad Valenciana (Sala Cont.-Adm., Secc. 1ª) de 12 marzo de 2003 (rec. 769/2000), en *id.*

²⁶¹ STS (Sala 3ª, Secc. 6ª) de 6 de abril de 1994 (rec. 354/1992), en G. DOMENECH PASCUAL. *op. cit.* p. 61.

²⁶² G. DOMENECH PASCUAL. *op. cit.* pp. 63-64.

²⁶³ CE. *op. cit.* art. 33.3.

²⁶⁴ G. DOMENECH PASCUAL. *op. cit.* p. 60.

²⁶⁵ J. BARNÉS. *op. cit.* p. 55.

²⁶⁶ STC 166/1986, de 19 de diciembre (f.j. 13), en G. DOMENECH PASCUAL. *op. cit.* p. 62.

²⁶⁷ CC. *op. cit.* art. 349.

²⁶⁸ LEF. *op. cit.* art. 124.

²⁶⁹ *Ibid.* II Procedimiento. c).

*en académicos de las Academias de Distrito, presidiendo el primero de los indicados y decidiendo los empates con voto de calidad*²⁷⁰.

45. Asimismo, la normativa determina que la Comisión mencionada se reunirá en el plazo de un mes después de la fecha de la Orden ministerial por la que se acuerde la expropiación²⁷¹. Así, al mes siguiente, el informe que establezca la cuantía indemnizatoria hará que la misma tenga carácter ejecutivo para la Administración y para el expropiado²⁷². Mismamente, la LEF subraya que el justiprecio *en ningún caso será inferior al que resulte de aplicar las disposiciones del procedimiento general*²⁷³. Al mismo tiempo, la LEF dispone que las disputas derivadas sobre estas cuestiones son competencia de la jurisdicción contencioso-administrativo, con arreglo al título quinto de la ley²⁷⁴. Igualmente, las disposiciones de la LEF sobre el procedimiento general de la expropiación estipulan que, *las tasaciones se efectuarán con arreglo al valor que tengan los bienes o derechos expropiables al tiempo de iniciarse el expediente de justiprecio, sin tenerse en cuenta las plusvalías que sean consecuencia directa del plano o proyecto de obras que dan lugar a la expropiación y las previsibles para el futuro*²⁷⁵. Esta disposición afirma que la LEF no tiene en cuenta el *lucrum cessans* para el cómputo del justiprecio. Además, por un lado, *las mejoras realizadas con posterioridad a la incoación del expediente de expropiación no serán objeto de indemnización, a no ser que se demuestre que eran indispensables para la conservación de los bienes, por otro lado, las anteriores son indemnizables, salvo cuando se hubieran realizado de mala fe*²⁷⁶. A su vez, como es convenido en el procedimiento general, una vez concretado el justiprecio, se procederá a su pago en un máximo de seis meses²⁷⁷, y libre de cualquier tipo de gasto²⁷⁸. En el caso de que el propietario rehusara recibir la indemnización o hubiese cualquier litigio respecto al mismo, la LEF establece que se consignará el justiprecio en la Caja General de Depósitos, a disposición de la autoridad o Tribunal competente²⁷⁹. En otro caso, el expropiado podrá recibir la indemnización *hasta el límite en que exista conformidad entre aquél y la Administración* hasta que se resuelva el litigio²⁸⁰. En efecto, una vez entregado o consignado el justiprecio en los términos mencionados, la Administración expropiante podrá hacer valer el ejercicio del derecho expropiado²⁸¹. Por otra parte, la normativa vasca de LSU no hace ninguna distinción o mención directa del patrimonio cultural para computar el justiprecio del acto expropiatorio. De cualquier forma, la LSU conviene que, *la Administración actuante podrá aplicar el procedimiento de tasación conjunta (...) o seguir la expropiación individualmente, conforme al procedimiento de la legislación de expropiación forzosa*²⁸². Respecto al procedimiento de tasación conjunta, la ley establece que, el documento para fijar el justiprecio para un inmueble deberá contener entre otros, el valor del suelo, de la edificación, de las obras, de las instalaciones o de las plantaciones²⁸³. Así, según la LSU, las tasaciones efectuadas *se notificarán individualmente a los que aparezcan como titulares de bienes o derechos*, al mismo tiempo que, *el traslado literal de la correspondiente hoja de aprecio y de la propuesta de fijación de los criterios de valoración*, para que los propietarios puedan formular alegaciones en el plazo de un mes, contando a partir de la fecha de notificación²⁸⁴. En el caso de que la expropiación no sea gestionada por el Ayuntamiento, este también dispondrá de un mes para efectuar sus alegaciones²⁸⁵. Entonces, *informadas las alegaciones, se someterá el proyecto a la aproba-*

²⁷⁰ *Ibid.* art. 78.

²⁷¹ *Ibid.* art. 79.

²⁷² *Id.*

²⁷³ *Id.*

²⁷⁴ *Ibid.* art. 84.

²⁷⁵ *Ibid.* art. 36.1.

²⁷⁶ *Ibid.* art. 36.2.

²⁷⁷ *Ibid.* art. 48.

²⁷⁸ *Ibid.* art. 49.

²⁷⁹ *Ibid.* art. 50.1.

²⁸⁰ *Ibid.* art. 50.2.

²⁸¹ *Ibid.* art. 51.

²⁸² LSU. *op. cit.* art. 178.3.

²⁸³ *Ibid.* art. 179.1.c.

²⁸⁴ *Ibid.* art. 179.4.

²⁸⁵ *Ibid.* art. 179.5.

ción del órgano competente²⁸⁶ y la resolución aprobatoria del expediente se notificará a los interesados titulares de bienes y derechos que, tendrán veinte días para manifestar ante el órgano competente, su conformidad o disconformidad²⁸⁷. Por un lado, si en veinte días los interesados no presentaran oposición alguna, se entenderá aceptada el justiprecio fijado en el acto aprobatorio del proyecto de expropiación²⁸⁸. Por otro lado, en caso de que la hoja de aprecio fuera impugnada, esta misma junto al expediente, serán trasladadas al jurado territorial de expropiación forzosa que tenga competencia en el ámbito territorial a que se refiera la expropiación, a efectos de fijar el justiprecio que, será fijado de acuerdo a los criterios legales establecidos²⁸⁹. Estos jurados territoriales “se constituirán en la capital de cada uno de los territorios históricos” y cada jurado estará formado por un presidente, que lo será el magistrado que designe la presidencia de la audiencia correspondiente, y los siguientes vocales²⁹⁰:

a) Un letrado al servicio del Departamento de Vicepresidencia del Gobierno Vasco. b) Un técnico superior, funcionario o contratado, de las administraciones públicas correspondientes, designado por el órgano competente de la administración expropiante y que variará en función de la naturaleza del bien o derecho objeto de la expropiación, ajustando a dicha naturaleza la especialidad profesional con conocimientos técnicos más apropiados. c) Un titulado superior designado por el colegio correspondiente según la naturaleza de los bienes o derechos objeto de expropiación. d) Un notario de libre designación por el colegio profesional correspondiente²⁹¹.

46. Por lo tanto, el jurado territorial tendrá en cuenta la naturaleza del bien en cuestión, como por ejemplo, la categoría de patrimonio cultural. Al mismo tiempo, la LSU estipula que como secretario de cada jurado actuará un letrado al servicio del departamento del Gobierno Vasco competente en materia de vivienda²⁹². Por lo demás, la LPCV concreta que para los bienes culturales se computarán como parte del justiprecio (...) las deudas exigibles correspondientes a intervenciones realizadas por las administraciones competentes para garantizar la debida conservación de los citados bienes²⁹³. En lo que concierne a la LPHE, esta no hace mención alguna al cálculo del justiprecio. Respecto a la jurisprudencia, de las Sentencias de 2 de diciembre de 1984, (RJ 6063), y de 17 de abril de 2008, (recurso núm. 742/2005)²⁹⁴, también se concluye que, la estimación histórica o cultural de los bienes es un elemento que debe computarse en el cálculo de la indemnización expropiatoria.

47. Como resultado, para calcular el justiprecio por la expropiación del Palacio de los Álava-Esquivel, el Derecho español establece la participación en el mismo de la administración expropiante, del propietario expropiado y de los expertos en patrimonio cultural. Asimismo, la CE suscribe que el justiprecio debe computarse con proporcionalidad a cada caso. Por lo tanto, la indemnización por el palacio vitoriano será en base a las circunstancias y al valor cultural del inmueble.

3. La indemnización en la práctica internacional

48. En la actualidad, no hay un estándar internacional fijo para la indemnización por la privación de bienes extranjeros. Por ello, el deber de compensar origina numerosos litigios entre los Estados. De todos modos, a través de la jurisprudencia y doctrina internacional se deduce que, la competencia para determinar la indemnización recae en el Estado expropiante, y que el cálculo del justiprecio suele adaptarse a las circunstancias de cada caso.

²⁸⁶ *Ibid.* art. 179.6.

²⁸⁷ *Ibid.* art. 179.7.

²⁸⁸ *Ibid.* art. 179.9.

²⁸⁹ *Ibid.* art. 179.8.

²⁹⁰ *Ibid.* Disposición adicional duodécima. art. 1.

²⁹¹ *Id.*

²⁹² *Ibid.* Disposición adicional duodécima. art. 2.

²⁹³ LPCV. *op. cit.* art. 31. 2.

²⁹⁴ J. BARCELONA LLOP. (2015). *op. cit.* p. 157.

49. A finales del siglo XIX y principios del siglo XX, los casos de privación de propiedad extranjera eran generalmente de naturaleza individual, por lo que estas se fundamentaban en el principio de *laissez-faire*, y no se tenía en cuenta la estructura socioeconómica de los Estados²⁹⁵. Después, a partir de la Primera Guerra Mundial, las desviaciones de la compensación total fueron emergiendo en la práctica internacional. De hecho, en esta época, el pago de la compensación total solo se ejecutaba mayormente en los casos de expropiación y nacionalización en circunstancias de guerra. Estas compensaciones completas eran requeridas debido a que el gobierno o las fuerzas armadas se hacían con las propiedades de manera ilícita²⁹⁶. A su vez, desde la Revolución rusa, los gobiernos comunistas alegaron la ausencia de un estándar mínimo en el Derecho internacional²⁹⁷. Igualmente, estos relegaron la responsabilidad del cálculo del justiprecio a la competencia del Derecho interno del Estado expropiante²⁹⁸. Asimismo, las compensaciones por privaciones de propiedad ejecutadas por Estados bajo la influencia de la Unión Soviética, fueron más simbólicas que reales, lo que acarrió amplias disputas entre los Estados occidentales²⁹⁹. Estas controversias fueron debatidas en la Segunda Conferencia de la Haya de 1930, y concluyeron que los litigios debían solucionarse de mutuo acuerdo entre los Estados partícipes³⁰⁰. No obstante, en el Caso de la Reforma agraria mexicana contra EE.UU. (1930) se concluyó que, lo más adecuado era la compensación completa, aunque se introdujeron las bases para que algunos casos se resolvieran en compensaciones parciales³⁰¹. Precisamente, EE.UU. ha sido un fuerte defensor del carácter de ley de la compensación completa alegando que, esta es una norma de Derecho internacional consuetudinario. Dicha argumentación ha sido propugnada por el Estado americano desde que, dirigiéndose al Gobierno Mexicano en 1938, el Secretario de Estado de EE.UU., Cordell Hull, procesó el término *prompt, adequate and effective compensation* como requerimiento de indemnización por los suelos agrarios expropiados a sus nacionales³⁰². La mencionada compensación o Fórmula Hull también se interpreta como *just compensation*, y conviene una indemnización completa. No obstante, la justa compensación es más una práctica de negociación dentro de la doctrina americana que una norma internacional. En cambio, la acepción contraria a la justa compensación es el *appropriate compensation*, entendida como una indemnización parcial adecuada a las circunstancias. En concreto, ya anteriormente, en el arbitraje de la Demanda Norwegian Shipowners contra EE.UU. (1922), se alegó que la compensación debía tener en cuenta todas las circunstancias de acuerdo al espacio y tiempo determinados³⁰³.

50. Por consiguiente, después de la Segunda Guerra Mundial, la mayoría de los países que han privado a los extranjeros de sus propiedades han garantizado una compensación parcial no en desacuerdo al Derecho internacional. Como regla general, debido al auge del comunismo y a la descolonización³⁰⁴, actualmente, los Estados se inclinan a tener en cuenta el menor nivel de desarrollo del país expropiante. En particular, los Estados en proceso de desarrollo no reflejan una legislación clara respecto al estándar mínimo de compensación que, podrá basarse por ejemplo, en el coste histórico del precio de compra, el valor del mercado, en las ganancias capitalizadas o cotizaciones bursátiles³⁰⁵. Al contrario, los países desarrollados tienden a valorar las características económicas mencionadas anteriormente, y aceptan en sus propios sistemas jurídicos la compensación parcial aunque tengan reservas para con la competencia

²⁹⁵ C. F. AMERASINGHE. (1992). Issues of Compensation for the Taking of Alien Property in the Light of Recent Cases and Practice. *The International and Comparative Law Quarterly*, 41(1), 22-65, p. 35. <https://www.jstor.org/stable/760784>

²⁹⁶ *Ibid.* p. 37

²⁹⁷ *Ibid.* p. 24.

²⁹⁸ *Id.*

²⁹⁹ M. Á. RUIZ COLOMÉ. *op. cit.* p. 6.

³⁰⁰ *Id.*

³⁰¹ C. F. AMERASINGHE. *op. cit.* pp. 47-48.

³⁰² L. HENKIN., R. PUGH., O. SCHACHTER. & H. SMIT. (1980). *International Law, Cases and Materials*, West Publishing Co., Minnesota. pp. 687-89, en O. SCHACHTER. (1984). Compensation for Expropriation. *The American Journal of International Law*, 78 (1), 121-130, p. 121. <https://www.jstor.org/stable/2202344>

³⁰³ O. SCHACHTER. *op. cit.* p. 123.

³⁰⁴ C. F. AMERASINGHE. *op. cit.* p. 25.

³⁰⁵ C. M. DÍAZ BARRADO & C. R. FERNÁNDEZ LIESA. (1993). *Indemnizaciones a españoles privados de sus bienes en el extranjero*. Tecnos, Madrid. p. 26-27.

exclusiva del Estado anfitrión³⁰⁶. Asimismo, los países en proceso de desarrollo, asumen generalmente, la completa soberanía del Estado extranjero, mientras que los Estados desarrollados se muestran más reticentes al respecto. Estas controversias entre Estados desarrollados y subdesarrollados fueron visibles en las negociaciones de las resoluciones de la AGNU. Por ejemplo, en la Resolución 1803 (XVII) de 1962, se exige pagar una apropiada compensación de acuerdo a la soberanía del Estado extranjero, pero en concordancia con el Derecho internacional. En particular, para el académico en Derecho, Cornelius Murphy, el estándar de compensación mencionado en esta resolución se refiere a una indemnización teniendo en cuenta todas las circunstancias³⁰⁷. Sin embargo, EE.UU. defendió que el enunciado de la resolución sobre la concordancia con el Derecho internacional, sugiere una justa compensación³⁰⁸. De todos modos, en el Caso Sabbatino (1964), la Corte Suprema de EE.UU. abogó por la aplicabilidad de la doctrina del acto de Estado, y rechazó la injerencia del Derecho internacional en los casos de des-acuerdo sobre el estándar de compensación³⁰⁹. Es más, la Corte Suprema concluyó a favor de la compensación parcial acordada por el Estado expropiante. Lo mismo fue estipulado en el laudo arbitral del Caso TOPCO/CALASIATIC contra Libia (1977). En este litigio, el único árbitro, Dupuy, declaró que en concordancia con la Resolución 1803, la apropiada compensación era *opinio juris communis*, ya que reflejaba el Derecho internacional consuetudinario en materia de compensación³¹⁰. A continuación, la Resolución 3171 (XXVII) de 1973, dispone una indemnización acorde a las circunstancias y abandona la exigencia internacional por la cual la indemnización deba contar con el respaldo del Derecho internacional. A su vez, la Carta de 1974, también estipula que según el Estado expropiante, la indemnización deberá calcularse de acuerdo a todas las circunstancias. Igualmente, la Carta establece que, en caso de que la compensación derive en una controversia, la misma sea resuelta mediante las leyes internas del Estado expropiante o a través de acuerdos entre los Estados. Esto es, la Carta niega cualquier competencia extra-nacional al respecto, así como la existencia de leyes internacionales que rigen el pago y la cuantía de la compensación. Para añadir, el académico en Derecho García-Amador, concluye de la Carta la posibilidad de rehusar del principio de compensación como norma internacional consuetudinaria³¹¹. Mismamente, la posible ausencia del requisito compensatorio también fue discutido por otros Estados en las sesiones plenarios de la Carta³¹². Sin embargo, de la jurisprudencia internacional se deduce que, aunque el pago no sea inmediato, sí debe existir una oferta pronta y seria sobre la misma³¹³. Por ejemplo, en el Caso British Petroleum (1974), al haber pasado dos años sin que se ofertara una compensación después de la privación, el árbitro consideró la privación de carácter confiscatorio³¹⁴. De todos modos, pocas reclamaciones por privaciones de propiedad extranjera se han concluido a través de la Carta. No obstante, en el Arbitraje AMINOIL contra Kuwait (1982), sobre la nacionalización kuwaití de la empresa americana de petróleo, sí se mencionaron tanto las resoluciones de la AGNU como la Carta. Precisamente, el Tribunal estaba formado por los juristas europeos Reuter y Fitzmaurice, y estos resolvieron a favor de la compensación apropiada establecida en la Resolución 1803 (XVII)³¹⁵:

The Tribunal considers that the determination of the amount of an award of “appropriate” compensation is better carried out by means of an enquiry into all the circumstances relevant to the particular concrete case, than through abstract theoretical discussion. Moreover the Charter of the Economic

³⁰⁶ *Ibid.* pp. 40-47

³⁰⁷ C. MURPHY. Limitations Upon the Power of a State to Determine the Amount of Compensation Payable to an Alien Upon Nationalization, en R. LILLICH. (ed.). (1975). The valuation of nationalized property in International law, 3, 49-68, p. 59, en B. H. WESTON. *op. cit.* p. 448.

³⁰⁸ B. H. WESTON. *op. cit.* p. 448.

³⁰⁹ O. SCHACHTER. *op. cit.* p. 121.

³¹⁰ *Ibid.* p. 127.

³¹¹ F. V. GARCÍA-AMADOR. (1980). The Proposed New International Economic Order: A New Approach to the Law Governing Nationalization and Compensation. *University of Miami Inter-American Law Review*, 12(1). pp. 32-40 y p. 51, en B. H. WESTON. *op. cit.* p. 449.

³¹² AGNU, 29º período de sesiones: 2315º sesión plenaria, p. 57. en O. SCHACHTER. *op. cit.* p. 603.

³¹³ T. GARCÍA CASTILLO. *op. cit.* p. 247.

³¹⁴ British Petroleum vs. Libia, 1974, 53 International Law Reports 297, en T. GARCÍA CASTILLO. *op. cit.* p. 247.

³¹⁵ O. SCHACHTER. *op. cit.* p. 128.

*Rights and Duties of States, even in its most disputed clause (Article 2, paragraph 2c)-and the one that occasioned reservations on the part of the industrialized States-recommended taking account of "all circumstances" in order to determine the amount of compensation-which does not in any way exclude a substantial indemnity*³¹⁶.

51. Igualmente, en el Caso Banco Nacional de Cuba contra el Chase Manhattan Bank (1981), la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito no aceptó la Fórmula Hull³¹⁷, e instó al Estado cubano a pagar la apropiada compensación, aun observando que en ciertos casos la compensación total podría ser requerida³¹⁸. Además, la Corte tomó la apropiada compensación como la norma de Derecho internacional más acertada, lejos de la compensación completa³¹⁹. Aun así, la Corte estimó que los dos estándares podían converger juntas en el Derecho internacional³²⁰. Por otra parte, en el Arbitraje LIAMCO contra Libia (1977-1982), el único árbitro, Mahmassani, sostuvo que la indemnización debía calcularse fundamentada en el Derecho internacional, ya que así lo estipulaba el Derecho interno libio³²¹. El árbitro también afirmó que la indemnización tendría en cuenta, como mínimo, el *damnum emergens*, calculado este desde el valor del mercado, y después se le añadiría el *lucrum cessans*³²². Para este último, sin embargo, como no había un consenso internacional desde la Segunda Guerra Mundial³²³, no se le sumó la entera pérdida de los posibles beneficios³²⁴. Así, el árbitro Mahmassani concluyó que, la compensación pagada fuera equitativa, lejos de una compensación completa y teniendo en cuenta las necesidades del Estado que nacionaliza:

*The classical doctrine required the payment of "prompt, adequate and effective" compensation for the nationalized property of an alien (...) was no more acceptable as an imperative general rule (...) only "convenient and equitable" compensation is required in cases of nationalization. This trend has been justified by the necessity of taking into consideration not only the interest of the owner of the property nationalized, but also those of the Society (Community) and of the nationalizing State.*³²⁵

52. No obstante, las sentencias que se derivan de las privaciones de propiedad americana a causa de la Revolución iraní de 1979, sí concluyen compensaciones completas. De hecho, en el Tribunal de Reclamaciones Irán contra EE.UU se dedujo que, las privaciones de propiedad extranjeras por parte del gobierno iraní, no tenían de base la teoría económica socialista ni la decolonización³²⁶. Por ello, aunque las privaciones de propiedad fueron por causa de utilidad pública, la compensación total fue requerida basada en el valor total y en los beneficios de la propiedad³²⁷. Sin embargo, los jueces iraníes del tribunal, Shafeiei y Ameli, aceptaron que el reciente desarrollo del estándar internacional permitía una compensación "less than full" o "partial"³²⁸. Mismamente, en el Caso INA Corporation (1985), también sobre privaciones de propiedad por el Estado iraní, se estableció la posibilidad de que la compensación fuese calculada a la baja³²⁹.

53. En particular, hay escasa profundización en la doctrina internacional, para con la indemnización por privación de bienes culturales. Como caso singular, está el Caso Kozacioglu contra Turquía, tramitado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Este caso versa sobre el justiprecio por la

³¹⁶ Arbitraje AMINOIL contra Kuwait (1982), (1984), pp. 602-603, en C. F. AMERASINGHE. *op. cit.* p. 39.

³¹⁷ O. SCHACHTER. *op. cit.* p. 121.

³¹⁸ C. F. AMERASINGHE. *op. cit.* p. 46.

³¹⁹ *Ibid.* pp. 46-47.

³²⁰ *Ibid.* p. 47.

³²¹ *Ibid.* p. 40.

³²² *Id.*

³²³ *Id.*

³²⁴ *Id.*

³²⁵ Arbitraje de LIAMCO contra Libia (1977), (1982), p. 206-207, en *ibid.* pp. 40-41.

³²⁶ C. F. AMERASINGHE. *op. cit.* p. 45.

³²⁷ *Ibid.* pp. 44-46.

³²⁸ *Ibid.* p. 44.

³²⁹ *Ibid.* pp. 43-44.

expropiación de un inmueble histórico. Así pues, de este se deduce que el mérito cultural de los bienes expropiados sí debe computarse en la fijación del justiprecio, aun a falta de una legislación interna. Así, la Sentencia dictada por la Gran Sala (2009) sobre el Caso Kozacioglu contra Turquía (2009), admitió que la protección del patrimonio cultural converge con la causa de utilidad pública de expropiación, y que esta puede resolverse con una indemnización inferior “à la pleine valeur des biens expropriés”³³⁰.

54. En suma, Wilhelm Wengler, jurista alemán de Derecho internacional, dedució que en los casos de expropiación sin discriminación, no ha habido en la práctica internacional el requisito de pagar una completa indemnización³³¹. A su vez, el abogado Jiménez de Aréchaga, para referirse a la compensación, manifestó la preferencia por el término “apropiado”, más que por el “justo”³³². La razón de la misma era que el término “apropiado” tiene en cuenta las complejas circunstancias de cada caso y las consideraciones más allá de lo que sea justo o no³³³. Igualmente, el Juez Charles De Visscher, en su momento Presidente de la Corte Internacional de Justicia, enunció que una nacionalización difícilmente acarrea más que una compensación parcial, ya que en este acto es de considerar la capacidad económica del Estado y su buena fe, más que la magnitud del daño causado³³⁴. Asimismo, tanto para Hersch Lauterpacht, ex juez de la Corte Internacional de Justicia, como para la generalidad de los juristas europeos occidentales, la compensación parcial suele ser la más adecuada³³⁵.

55. Por lo tanto, según la práctica internacional sobre las privaciones de propiedad extranjera, para la cuantía indemnizatoria por la expropiación del Palacio de los Álava-Esquivel, se tendrán en cuenta todas las circunstancias, como por ejemplo, la categoría de patrimonio cultural y la necesidad pública del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz de hacerse con el inmueble para su salvaguardia.

4. Indemnización en los acuerdos de suma global en la práctica española

56. Como se ha comentado, los acuerdos de suma global son negociaciones que convienen una “compensación global” o “a tanto alzado” de los bienes privados, como solución a las reclamaciones de compensación de los Estados. Generalmente, estos acuerdos agrupan diversas reclamaciones individuales para lograr una compensación conjunta, y así evitar el coste, procedimiento y tiempo que conlleva para el Estado³³⁶. Entonces, las compensaciones equivalen a una suma global de todos los daños causados, por lo que no se compensan las privaciones individualmente. Por esta razón, la indemnización negociada suele desviarse del valor total del bien, calculando la cuantía a la baja³³⁷. Esto último se debe a que la negociación procede con el regateo de los respectivos bienes en el recíproco interés de las partes³³⁸. No obstante, en los acuerdos por reclamaciones de inversiones bilaterales, la compensación sí suele ser completa e incluyen cláusulas parecidas a la Fórmula Hull³³⁹. Sin embargo, esto no sucede en las compensaciones por las privaciones de bienes no bursátiles, como suelos agrarios, o bienes muebles e inmuebles. Para añadir, la responsabilidad de repartir la indemnización pactada suele ser del Estado expropiado³⁴⁰ a través de su Derecho interno. Así, la repartición de la indemnización entre los afectados

³³⁰ Kozacioglu contra Turquía, Sentencia Gran Sala (2009), en J. BARCELONA LLOP. (2015). El patrimonio cultural material en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos. *Revista de Administración Pública*, 198, 129-168, p. 155. <https://recyt.fecyt.es/index.php/RAP/article/view/42365>

³³¹ W. WENGLER. (1964). *Volkerrecht*. Springer Verlag, Berlin, en O. SCHACHTER. *op. cit.* p. 123.

³³² O. SCHACHTER. *op. cit.* p. 129.

³³³ *Id.* p.

³³⁴ C. DE VISSCHER. (1968). Theory and reality in International Law. [Traducido del francés por Corbett, P. E], en *ibid.* p. 123.

³³⁵ O. SCHACHTER. *op. cit.* p. 123.

³³⁶ M. Á. RUIZ COLOMÉ. *op. cit.* p. 27.

³³⁷ *Id.*

³³⁸ O. SCHACHTER. (1984). The Evolving International Law of Development. *Columbia Journal of Transnational Law*, 15, pp. 1-16, en O. SCHACHTER. *op. cit.* p. 126.

³³⁹ *Ibid.* p. 126.

³⁴⁰ M. Á. RUIZ COLOMÉ. *op. cit.* p. 16.

convierte el litigio en *res iudicata*, y niega la responsabilidad del Estado expropiante para con las reclamaciones individuales o conjuntas que puedan desarrollarse en el futuro³⁴¹. Respecto a la indemnización pactada por el Estado español en acuerdos de este tipo, este ha aceptado en su práctica, sin mayores objeciones, la cantidad de compensación propuesta por el Estado deudor³⁴². Además, en la mayoría de los casos, España se ha visto en la responsabilidad de suplir económicamente lo que el Estado deudor no ha completado con la compensación³⁴³. De hecho, los países que invierten u ostentan propiedades en el extranjero, lo que hacen es salvaguardar a sus nacionales más que reclamar las indemnizaciones correspondientes³⁴⁴. Aun así, no toda jurisdicción estatal obliga al Estado garantizar una protección diplomática de este tipo, ya que esta dependerá de su Derecho interno. En el presente estudio se exponen 5 casos de acuerdos de suma global efectuados por España. Para añadir, entre otros acuerdos en los que no se profundizará, España pactó este tipo de acuerdos con Hungría en 1989, Argentina en 1991, Polonia en 1992, Rumanía en 1995, Perú en 1994, también con Argelia en 1994, y con México, Colombia y Venezuela en 1995³⁴⁵.

57. En los acuerdos de suma global que efectuó España con los países de Europa del este, se encuentran algunos casos de reclamaciones individuales, hecho inusual en este tipo de pactos. Por ejemplo, en el Caso de la Familia Elías (1972)³⁴⁶, los herederos del señor Elías reclamaron la privación de los bienes afectados por la nacionalización del Gobierno de Bulgaria a partir del año 1947³⁴⁷. Como resultado, el Gobierno búlgaro decidió que la reclamación fuera resuelta mediante un acuerdo de suma global, ya que el conflicto presentaba problemas para que fuese resuelto de otro manera por razones de competencia y nacionalidad³⁴⁸. De este modo, el acuerdo de suma global asumió una reclamación y compensación individual. También en la Petición de HRH Príncipe Antonio de Borbón y Chartoryska relativa a una posible reclamación del Gobierno español con la República Democrática de Polonia de (1968-1979)³⁴⁹, el Estado español impulsó para esta reclamación individual, el acuerdo bilateral de suma global para lograr una apropiada compensación por los bienes perdidos³⁵⁰. Además, aunque estos casos son de bienes y propietarios individuales y no colectivos, los Gobiernos decidieron igualmente solucionar las reclamaciones con la compensación 50 o 70 % más bajo que el valor real de los bienes³⁵¹.

58. Por otro lado, está el Convenio entre España y el Reino de Marruecos sobre indemnizaciones de las tierras recuperadas por el Estado marroquí en el marco del Dahir, de 2 de marzo de 1973, hecho en Madrid el 8 de noviembre de 1979³⁵². Este acuerdo fue efectuado en consecuencia de *la transferencia al Estado marroquí de la propiedad de los inmuebles agrícolas o de uso agrícola pertenecientes a personas físicas o jurídicas*³⁵³. Por ello, para la determinación de la “indemnización global a tanto alzado” se tuvieron en cuenta las privaciones de la tierra, plantaciones, edificios, maquinaria u otros elementos, ganado vivo, productos y gastos de cultivo, al igual que las deudas acumuladas por los agricultores españoles con el Estado y organismos públicos marroquíes³⁵⁴. Así pues, Marruecos indemnizó a España

³⁴¹ *Id.*

³⁴² *Ibid.* p. 30.

³⁴³ *Id.*

³⁴⁴ *Ibid.* pp. 29-30.

³⁴⁵ *Ibid.* p. 17.

³⁴⁶ Asesoría Jurídica del Ministerio de Asuntos Exteriores, asunto *Expediente de reclamación del Sr. Isu Elias*, Exp. N. 1.878, Madrid, 13 de abril de 1972, en *ibid.* p. 22.

³⁴⁷ *Id.*

³⁴⁸ *Id.*

³⁴⁹ Asesoría Jurídica del Ministerio de Asuntos Exteriores, Expedientes n. 1.322, Madrid, 2 de febrero de 1968 y n. 3.261, Madrid, 1 de agosto de 1979, en *ibid.* p. 23.

³⁵⁰ *Id.*

³⁵¹ *Ibid.* p. 21.

³⁵² Instrumento de Ratificación del Convenio entre España y el Reino de Marruecos sobre indemnizaciones de las tierras recuperadas por el Estado marroquí en el marco del Dahir, de 2 de marzo de 1973, hecho en Madrid el 8 de noviembre de 1979, en “BOE” núm. 244, de 11 de octubre de 1985. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1985-20960>

³⁵³ Convenio entre España y Marruecos de 1979. *op. cit.* Introducción.

³⁵⁴ *Ibid.* art. 2.

con la compensación de 9.000.000 dirhams³⁵⁵. Mismamente, se requirió pagar la compensación en un único pago y ser repartido por el mismo Estado entre los particulares dañados³⁵⁶. A su vez, el Gobierno marroquí se comprometió a entregar al Gobierno español la compensación³⁵⁷ como “finiquito”³⁵⁸. Esta compensación, lejos de ser “justa” o “adecuada” fue más bien una “indemnización parcial”, con una “desproporción existente” entre la cuantía de la compensación y el valor de los bienes³⁵⁹. Ciertamente, la compensación, fue más una simbólica reparación que una compensación equivalente a los bienes privados³⁶⁰. De hecho, fue el Gobierno marroquí quien estipuló la cuantía de la compensación, sin que el Gobierno español exigiera una cuantía mayor³⁶¹. De todos modos, dada la cuantía de la compensación, este acuerdo no supone un acuerdo de suma global habitual, sino una forma del Gobierno español de seguir teniendo relaciones diplomáticas satisfactorias con su vecino³⁶². Además, este convenio estipuló la desestimación de futuras reclamaciones *ante el otro Gobierno o ante una instancia arbitral o judicial* siempre que las partes cumplieran con lo pactado en el acuerdo³⁶³. No obstante, el acuerdo con Marruecos de 1973 sirvió de modelo para otros acuerdos con los países africanos³⁶⁴.

59. Por otro parte, también está el Convenio entre el Gobierno de España y el Gobierno de la República Árabe de Egipto sobre compensación a ciudadanos españoles, hecho en El Cairo el 14 de abril de 1982³⁶⁵. Este acuerdo bilateral trata sobre la compensación por las privaciones de propiedad españolas a partir de la Revolución egipcia de 1952. Concretamente, estas privaciones hacen mención al “secuestro, nacionalización, expropiación, confiscación y otras medidas restrictivas”³⁶⁶. Asimismo, la finalidad del acuerdo fue *llegar a la liquidación final de las reclamaciones de ciudadanos españoles*³⁶⁷ de acuerdo con “las obligaciones del Derecho Internacional”³⁶⁸. Respecto a la indemnización, esta fue de 1.400.000 dólares estadounidenses, a pagar en 3 plazos³⁶⁹. Además, esta compensación también supuso una “indemnización parcial” con una “desproporción existente” entre la cuantía de la misma y el valor de los bienes³⁷⁰. De igual forma, con el presente acuerdo se descargó la responsabilidad del Gobierno egipcio³⁷¹, y la distribución de la compensación fue a cargo del Gobierno español³⁷². Igualmente, las posibles reclamaciones *a posteriori* derivadas de este acuerdo se estipularon como responsabilidad del Gobierno español³⁷³.

60. Finalmente, está el Convenio y Acta aneja entre el Reino de España y la República de Cuba sobre indemnización por los bienes de españoles afectados por las leyes, disposiciones y medidas dictadas por el Gobierno de la República de Cuba a partir del 1 de enero de 1959, firmado en La Habana el 16 de noviembre de 1986³⁷⁴. Estas privaciones de propiedad españolas fueron consecuencia directa

³⁵⁵ *Ibid.* art. 3.

³⁵⁶ *Ibid.* art. 1. y art. 4.

³⁵⁷ *Ibid.* art. 1.

³⁵⁸ *Ibid.* art. 2.

³⁵⁹ C. M. DÍAZ BARRADO, & C. R. FERNÁNDEZ LIESA. *op. cit.* pp. 16-17.

³⁶⁰ M. Á. RUIZ COLOMÉ. *op. cit.* p. 18.

³⁶¹ *Ibid.* pp. 18-19.

³⁶² *Ibid.* p. 19.

³⁶³ Convenio España y Marruecos (1979). *op. cit.* art. 5.

³⁶⁴ M. Á. RUIZ COLOMÉ. *op. cit.* p. 19.

³⁶⁵ Convenio entre el Gobierno de España y el Gobierno de la República Árabe de Egipto sobre compensación a ciudadanos españoles, hecho en El Cairo el 14 de abril de 1982, en “BOE” núm. 149, de 22 de junio de 1984. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1984-14134>

³⁶⁶ *Ibid.* art. 2.1.

³⁶⁷ *Ibid.* Introducción.

³⁶⁸ *Ibid.* art. 2.2.

³⁶⁹ *Ibid.* art. 1.a/b.

³⁷⁰ C. M. DÍAZ BARRADO, & C. R. FERNÁNDEZ LIESA. *op. cit.* p. 16-17.

³⁷¹ Convenio España y Egipto. *op. cit.* art. 4.1.

³⁷² *Ibid.* art. 3.

³⁷³ *Ibid.* art. 4.

³⁷⁴ Convenio y Acta aneja entre el Reino de España y la República de Cuba sobre indemnización por los bienes de españoles afectados por las leyes, disposiciones y medidas dictadas por el Gobierno de la República de Cuba a partir del 1 de enero de

de la Revolución cubana. Precisamente, este es un acuerdo precedido por el pacto concluido en 1967 que, debido a sus complicaciones no tuvo el éxito deseado³⁷⁵. En particular, la reclamación de España en este acuerdo de 1986, se ejecutó por medios diplomáticos, ya que el Gobierno cubano reconoció públicamente su deuda con el Gobierno español³⁷⁶. Cabe destacar que, este pacto está en consonancia con los tratados del tipo suma global³⁷⁷. Además, el acuerdo se inspiró en el acuerdo de 2 de marzo de 1967 entre la Confederación Suiza y el Gobierno Revolucionario de la República de Cuba, y en el tratado celebrado entre Cuba y la República Francesa el 16 de marzo de 1967³⁷⁸. De hecho, estos acuerdos bilaterales establecieron, como en el acuerdo entre España y Cuba, una suma global relativa a la deuda y el pago parcial de esta no en dinero³⁷⁹. Así pues, el Gobierno cubano se comprometió a pagar al Gobierno español la cantidad global de 5.416.000.000 de pesetas como “liquidación y finiquito de la indemnización”³⁸⁰. A su vez, se pactó la ejecución de la compensación en 2 pagos, 1.805.333.288 de pesetas en metálico y en plazos semestrales hasta el pago total³⁸¹, y 3.610.666.712 pesetas anualmente en “productos a determinar cada año”³⁸². Nótese, que la mayor cuantía de la compensación corresponde al pago en especias, como podrían ser azúcar, café o tabaco por ejemplo³⁸³. Asimismo, el acuerdo estipuló que el pago en especias podría ser modificable, mediante vía diplomática, según las necesidades de la oferta disponible o del mercado³⁸⁴. Igualmente, la distribución de la cantidad acordada fue exclusiva competencia del Gobierno español³⁸⁵, al igual que una vez completado el pago, el gobierno de España descargó al Gobierno de Cuba de posibles reclamaciones a mantener en una instancia arbitral o judicial³⁸⁶. Es decir, en el acuerdo bilateral se renunció a iniciar cualquier reclamo futuro por los bienes afectados. En consecuencia, en este acuerdo de suma global se observa una compensación en modalidad *sui generis*, esto es, una parte en efectivo y otra en especies, para contrarrestar la situación económica del país y su política de desarrollo³⁸⁷. Por lo tanto, en este acuerdo bilateral se tuvieron en cuenta las dificultades económicas del Estado expropiante. De igual forma, como fue una compensación a tanto alzado, los españoles obtuvieron una compensación menor de lo que valían sus bienes individualmente. Además, como Cuba tuvo dificultades para el reembolsar la compensación, el Estado español tuvo que adelantar a sus nacionales la deuda del primero³⁸⁸.

61. Por consiguiente, el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz y el Ayuntamiento de Tánger pueden recurrir al acuerdo de suma global para solucionar el litigio de la propiedad del palacio de los Álava-Esquivel y seguir manteniendo adecuadas relaciones diplomáticas. Mismamente, será acertado que la indemnización por la privación del palacio a través de este tipo de acuerdos, sea parcial y adecuada a las circunstancias.

1959, firmado en La Habana el 16 de noviembre de 1986, en “BOE” núm. 67, de 18 de marzo de 1988. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1988-7021

³⁷⁵ Ministerio de Asuntos Exteriores, Dirección General de Asuntos Consulares, Exp. sobre las Reclamaciones a Cuba de los españoles afectados por las imposiciones sobre nacionalizaciones, Acuerdo sobre reclamaciones relativas a bienes de españoles afectados por disposiciones del Gobierno revolucionario de Cuba firmado en la Habana el día 14 de marzo de 1967, en M. Á. RUIZ COLOMÉ. *op. cit.* p. 24.

³⁷⁶ M. Á. RUIZ COLOMÉ. *op. cit.* p. 24.

³⁷⁷ *Ibid.* p. 26.

³⁷⁸ *Ibid.* p. 25.

³⁷⁹ *Ibid.* pp. 25-26.

³⁸⁰ Convenio España y Cuba. *op. cit.* art. 1.

³⁸¹ *Ibid.* art. 2.1

³⁸² *Ibid.* art. 2.2.

³⁸³ M. Á. RUIZ COLOMÉ. *op. cit.* p. 26.

³⁸⁴ *Id.*

³⁸⁵ Convenio España y Cuba. *op. cit.* art. 4.

³⁸⁶ *Ibid.* art. 5.

³⁸⁷ C. M. DÍAZ BARRADO. & C. R. FERNÁNDEZ LIESA. *op. cit.* p. 17.

³⁸⁸ Ley 19/1990, de 17 de diciembre, por la que se dictan normas para el cumplimiento anticipado del Convenio entre el Reino de España y la República de Cuba sobre indemnización por los bienes de españoles afectados por las Leyes, disposiciones y medidas dictadas por el Gobierno de la República de Cuba, a partir de 1 de enero de 1959, en “BOE” núm. 302, de 18 de diciembre de 1990. art. 1. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1990-30521

5. La indemnización por la privación del Palacio de los Álava-Esquivel

62. Como se ha desarrollado anteriormente, actualmente, el justiprecio de la ejecución privativa no se basa en los principios de *restitutio in integrum*, sino que las normativas y la práctica promulgan las desviaciones a este principio. Por ello, el justiprecio por privaciones de propiedad tanto nacional como extranjera suele adecuarse a las circunstancias de cada caso. Así pues, las compensaciones parciales abogan por no sobrecargar al Estado privativo, y darle mayor valor a la utilidad pública que a la pérdida económica del titular privado. En particular, para la privación del Palacio de los Álava-Esquivel, la utilidad pública está fundamentada por su categoría de patrimonio cultural vasco. A su vez, la inestabilidad edificatoria y legal del inmueble también justifican dicha utilidad pública. Por lo tanto, para computar la cuantía indemnizatoria por la privación del Palacio de los Álava-Esquivel, cabe dirigirse a la modalidad del cálculo indemnizatorio estipulado por las mencionadas leyes españolas. Adicionalmente, son adecuados, para tener en cuenta, los siguientes valores generales para el cálculo del margen de apreciación del justiprecio:

- a) Valor histórico o precio de compra: Es la cantidad monetaria por la que el inmueble ha sido construido y adquirido. En este caso, el palacio vitoriano no fue construido ni comprado por el Ayuntamiento de Tánger, sino que este lo recibió en donación. Por lo tanto, cabe tomar en cuenta que la municipalidad de Tánger no pagó ningún dinero a ningún particular español ni al Estado español por la obtención del inmueble, por lo que tampoco perdería este supuesto dinero al serle privado del mismo.
- b) Valor neto contable: Es el valor de la propiedad basado en el valor tangible, como la antigüedad, la conservación, los materiales y las dimensiones de la edificación, en los derechos contractuales, y en los prospectos futuros deducibles³⁸⁹. Este último hace referencia al valor de la empresa en marcha³⁹⁰, por lo que no puede ser computado en la indemnización por el Palacio de los Álava-Esquivel.
- c) Valor de mercado: Es el precio por el que un posible comprador pagaría por el inmueble, y el precio por el que el titular lo vendería.
- d) Valor de patrimonio histórico: Es el mérito por el que el valor del inmueble circula al margen del precio de mercado³⁹¹. La utilidad pública premia en este caso, y el justiprecio se calcula a la baja para que las instituciones públicas puedan obtener el inmueble para el disfrute comunitario. Para la privación del palacio vitoriano este valor hará decrecer el justiprecio.
- e) Valor de daño emergente: Es la estimación del daño tanto directo como indirecto que, sufre el propietario por la privación de su bien. Por ello, la estimación de este es la suma del valor neto contable más los intereses³⁹². Este valor deberá ser computado en la indemnización por la privación del Palacio de los Álava-Esquivel, como compensación al Ayuntamiento de Tánger por la pérdida del bien.
- f) Valor de lucro cesante: Es el importe que el propietario dejaría de ganar una vez que fuese privado de su bien. En otras palabras, esta es la proyección de la posible pérdida futura. No obstante, la LEF dispone expresamente que el valor de lucro cesante no debe ser computado en el cálculo del justiprecio.
- g) Valor de reposición depreciado: Es el costo que supone recrear el bien para el organismo privativo, en términos de sus activos tangibles, después de que estos hayan sido depreciados por años de uso³⁹³. Como el inmueble vitoriano no ha sido rehabilitado integralmente por el Ayuntamiento de Tánger, el uso y el tiempo han hecho que este pierda parte de su valor. Por

³⁸⁹ T. GARCÍA CASTILLO. *op. cit.* p. 246.

³⁹⁰ *Id.*

³⁹¹ J. BARCELONA LLOP. (2015). *op. cit.* p. 158.

³⁹² T. GARCÍA CASTILLO. *op. cit.* p. 246.

³⁹³ C. F. AMERASINGHE. *op. cit.* p. 51.

ello, se requiere que la indemnización se calcule a la baja por la necesidad de la administración vitoriana de reacondicionar el palacio.

- h) Valor de daños punitivos: Es el valor por daños que se computa en la indemnización como sanción adicional. Es decir, es una función preventiva para que los causantes del daño no obtengan un beneficio que se supone ilegítimo³⁹⁴. Asimismo, es una “amenaza adicional” para persuadir de cometer una infracción a los autores del mismo³⁹⁵. Por lo tanto, este valor imposibilita situar al mismo nivel el derecho a indemnización por privación de propiedad por causa pública, y por incumplimiento de los deberes del propietario. En particular, aunque el Ayuntamiento de Tánger acumula ya varias multas coercitivas, estas multas no tienen naturaleza sancionadora, por lo que el valor de daños punitivos es independiente de las multas. Así, los daños punitivos pueden calcularse como un recargo adicional para que la indemnización por el bien se calcule a la baja.
- i) Capacidad económica de las partes implicadas: Es el aprecio por el que se tiene en cuenta el nivel de desarrollo de los Estados implicados. Por una parte, está la capacidad económica del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz para adquirir el inmueble, y por otra, las posibles circunstancias económicas que han acarreado al Ayuntamiento de Tánger a incurrir en la dejación de sus responsabilidades como propietario del palacio.

63. Por lo tanto, una vez calculada la cuantía indemnizatoria se procederá a la modalidad de pago. Eso sí, siempre y cuando el cómputo del justiprecio no llegue a “cero”, o a pagar por el propietario actual. Caso, sin embargo, excepcional. Cabe destacar que, los procedimientos que las autoridades competentes han de tomar para fijar el justiprecio en una privación unilateral, son más costosas que los utilizados por las dos partes en un acuerdo bilateral³⁹⁶. No obstante, existen también casos en los que la transacción del bien mediante acuerdo bilateral, supone para el adquiriente un coste adicional que podrá superar el de la privación coactiva³⁹⁷. Este es el caso de los impuestos sobre la propiedad. Aun así, no es el caso de la privación del Palacio de los Álava-Esquivel por el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, ya que el beneficiario directo es un organismo público. Respecto a la deuda económica acumulada por el Ayuntamiento de Tánger, si esta no fuera abonada separadamente, se contabilizará en el cálculo del justiprecio. Por ello, el valor de las multas coercitivas hará decrecer la compensación, calculando la indemnización a la baja. Con especial mención al acuerdo bilateral, en esta se tendrá que pactar la modalidad de pago. De hecho, el pacto bilateral posibilita que, la indemnización sea pagada en dinero, en especies o en permuta, y que ésta se ejecute en un solo pago o no. Por lo tanto, la indemnización por la privación del Palacio de los Álava-Esquivel dependerá, especialmente, del proceso privativo. Es decir, si la privación se ejecuta a través de una expropiación o de un acuerdo bilateral. De todos modos, los márgenes de apreciación para calcular el justiprecio se podrán mantener para ser considerados en ambas modalidades.

VI. Conclusiones

64. En definitiva, a falta de un transferimiento de propiedad entre las partes, la incoación expropiatoria del Palacio de los Álava-Esquivel por parte del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz es factible según el Derecho español y el Derecho internacional. A su vez, la finalidad de la misma es concluir la incoación expropiatoria en una expropiación administrativa o en un acuerdo de suma global para privar del inmueble al Ayuntamiento de Tánger. Por un lado, se ha desarrollado que el proceso expropiatorio es competencia del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, y que este solo puede ser juzgado en los tribunales españoles. Asimismo, el Ayuntamiento de Tánger no podrá hacer valer la inmunidad de ejecución, en los tribunales españoles, para negarse a aceptar dicha ejecución. Por otro lado, para ejecutar el acuerdo de

³⁹⁴ G. DOMÉNECH PACUAL. *op. cit.* p. 81.

³⁹⁵ *Ibid.* p. 84.

³⁹⁶ *Ibid. op. cit.* p. 82.

³⁹⁷ *Id.*

suma global, el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz precisa de la autorización de las Cortes. De la misma forma, el acuerdo bilateral, al establecer el litigio como finalizado, logra mantener adecuadas relaciones diplomáticas tanto entre las administraciones implicadas como entre España y Marruecos. En cuanto a la indemnización, en los dos procesos privativos esta corresponde a una compensación parcial adecuada a las circunstancias. En particular, en el proceso expropiatorio las dos partes participan en la tasación conjunta, aunque el proceso del pago y su modalidad está estipulado por las leyes nacionales. Sin embargo, en el acuerdo de suma global, el proceso, la modalidad y los plazos se pactan entre las partes implicadas, además de que la indemnización podrá ser en dinero, en especies o mediante una permuta.

Irreconcilability and the Role of the CJEU post-Brexit*

La irreconciliabilidad y el papel del TJUE tras el Brexit

FREDERIK GRAF LAMBSDORFF

LL.B. and First State Examination at Free University, Berlin

LL.M. Student at IE University, Madrid

YAQI MA

J.D. at Indiana University Maurer School of Law

LL.B. at China University of Political Science and Law

LL.M. Student at IE University, Madrid

Recibido: 24.12.2023 / Aceptado: 26.01.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8449

Abstract: In the latest court decision in the context of the “Prestige” case, post-Brexit legal complexities came to the forefront. The “London P&I Club” contested a Spanish court’s decision demanding compensation for an oil spill. Invoking arbitration, the Club sought to prevent enforcement of the Spanish judgment in the UK. However, the CJEU ruled the arbitration couldn’t block the Spanish judgment’s recognition. Challenging this, Justice Butcher of the London High Court found the CJEU had overstepped its jurisdiction. He concluded the arbitration proceedings could indeed impede the Spanish judgment’s enforcement, highlighting tensions between UK courts and CJEU post-Brexit, and raising critical questions about arbitration’s role in international disputes and the principles of irreconcilability and public policy.

Keywords: Irreconcilability, res judicata, public policy, arbitration, enforcement.

Resumen: Las complejidades jurídicas post-Brexit pasaron a primer plano en el caso “Prestige”. El “London P&I Club” impugnó la decisión del tribunal español exigiendo una indemnización por derrame de petróleo. Mediante arbitraje, el Club trató de impedir la ejecución de la sentencia española en el Reino Unido. Empero, el TJUE dictaminó que el arbitraje no podía bloquear el reconocimiento de la sentencia. El juez Butcher, del Tribunal Superior de Londres, consideró que el TJUE había extralimitado su jurisdicción. Concluyó que el procedimiento arbitral sí podía impedir la ejecución de la sentencia, manifestando las tensiones entre los tribunales británicos y el TJUE post-Brexit, planteando cuestiones críticas sobre el arbitraje en los litigios internacionales, los principios de irreconciliabilidad y orden público.

Keywords: Irreconciliabilidad, res judicata, orden público, arbitraje, ejecución.

Summary: I. Introduction. II. Timeline and Key Events. 1. The Schaff Award and its enforcement 2. The Spanish Proceedings. 3. The Club’s Appeal and CJEU Preliminary Ruling. 4. The Gross Awards. III. Reasoning by Justice Butcher. 1. Res Judicata. 2. Jurisdiction. 3. Spain’s Challenges. IV. Analysis. 1. Irreconcilability. A) Abstract. a) Hoffmann v Krieg. b) Italian Leather SpA v WEKO Polstermöbel GmbH. B) The Application in this Case. C) Butcher’s Decision in light of the other judgments on this matter. a) CJEU Decision. b) Hamblen’s Decision. c) The Gross Awards. 2. Public Policy. A) Matter of Public Policy. B) The applicability of Article 34(1). a) Res judicata in case of court judgments. b) Res judicata in case of arbitral awards. C) Assertion of res judicata. V. Conclusion.

* Casenote on [2023] EWHC 2473 (Comm).

I. Introduction

1. The relationship between UK courts and the Court of Justice of the European Union (CJEU) post-Brexit is a topic of considerable legal interest and debate. In a striking move, Justice Butcher of the London High Court of Justice, on October 6, 2023, declared, “I do not consider that this Court is bound by paragraphs [54]-[73] of the CJEU judgment.” This statement came amidst the protracted legal dispute over the M/T Prestige oil spill involving the London P&I Club (“the Club”) and Spain.

2. The CJEU had previously ruled that the arbitration proceedings initiated by the British insurer could not block the recognition of the Spanish judgment which ordered the Club to pay compensation for the damage caused.¹ However, Justice Butcher decided that CJEU had gone beyond the terms of the reference and did not have jurisdiction to decide as it did, such that the Court was not bound to follow it. The Court also declined to follow the decision of CJEU on the merits and called into question the fairness of the process. As the following casenote will show, the difficult relationship between the UK and the EU is still being played out in court in the context of arbitration proceedings and the aftermath of Brexit.

3. This note aims to analyze Justice Butcher’s ruling, focusing on evaluating his discussion about the principles of irreconcilability and public policy.²

II. Timeline and Key Events

4. In November 2002, the M/T Prestige (“the Prestige”), an oil tanker, sank off the coast of Spain, causing not only extensive environmental pollution along the Spanish and French coastlines but also extensive international legal disputes that have since occupied the courts and arbitrators in many countries around the world. Mr. Justice Butcher’s decision is a testament to this, as it takes him the first 30 pages of the 94 pages long judgment to lay out and summarize the interrelated court and arbitration decisions, as well as the relevant facts and arguments leading up to his judgment. These key events will be summarized as concisely as possible in the following.

5. The disaster first led to the initiation of criminal proceedings in Spain against the vessel’s Master and other crew members as well as a Spanish official, responsible for handling the aftermath. In 2010, the Master was charged with the offense of serious negligence against the environment and with the offense of disobedience to the authorities. Civil claims were also brought by various parties, one of them being the Shipowners liability insurer, the “London Steam-Ship Owners’ Mutual Insurance Association Limited” (“the Club”), under Article 117 of the Spanish Penal Code as well as pursuant to the International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage 1992 (“the CLC”). The Club, however, as per an obligation binding on them contained in the Club Rules, contended that these claims should be resolved through arbitration in London, rather than through court proceedings.

1. The Schaff Award and its enforcement

6. After the Club commenced separate arbitrations against Spain and the French State, Mr. Alistair Schaff KC was appointed by the Commercial Court as the sole Arbitrator in both arbitrations. This led to the 2013 “Schaff Award”, where the arbitrator declared that Spain was obligated to refer its claims to London arbitration. Pursuant to the ‘pay to be paid’ clause in the Club’s Rules, the Club, he declared that the Club was not liable to Spain in the absence of prior payment to Spain by the Owners

¹ CJEU, 20.06.2022, C-700/20, ECLI:EU:C:2022:488, hereinafter referred to as the CJEU Judgment.

² The specific questions are whether (1) the Spanish Judgment is irreconcilable with the English S. 66 Judgments; and (2) enforcement would be contrary to English public policy because it would be contrary to the rule as to *res judicata*.

and/or Managers of the vessel of the full amount of any insured liability and capped the Club's liability at US \$1 billion, a decision that would shape the course of the subsequent legal battles. Following the Schaff Award, the Club sought its enforcement as a judgment pursuant to Section 66 (1) of the Arbitration Act 1996. Spain, in response, mounted a defense and counter arguments, claiming the arbitrator had no jurisdiction to make such an award and invoked state immunity against the enforcement efforts. Justice Hamblen ruled in favor of the Club, a decision later upheld against Spain's appeals in 2015 (both decisions together the "English s. 66 Judgments").

2. The Spanish Proceedings

7. Meanwhile, the Spanish legal system was concurrently processing the case. In November 2013, the Provincial Court of La Coruña found no civil liability for the Club. However, this decision was overturned in January 2016 by the Spanish Supreme Court, which found civil liability against the Master, the Owners, and the Club, remitting the question of quantum back to the Provincial Court. The subsequent Quantum judgment, issued in November 2017 and later upheld by the Spanish Supreme Court, led to Spain applying for the enforcement of these judgments against the Club and the vessel's Owners in January 2019, pursuant to Article 43 of Regulation (EC) No. 44/2001, the Regulation on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters ("the Jurisdiction and Enforcement Regulation")

3. The Club's Appeal and CJEU Preliminary Ruling

8. The Club appealed on grounds that would set the stage for Mr. Butcher's judgment ("The Club's Appeal"). As Article 45 of the Enforcement Regulation binds the appellant to the grounds specified in Articles 34 and 35, the Club claimed the Spanish judgments would be irreconcilable with the UK Awards (Article 34(3)). Furthermore, they appealed on Res Judicata grounds and human rights violations (Article 34(1)). The Club's Appeal came in front of Justice Butcher in December 2020. Meanwhile, Spain issued an application for a Reference to the CJEU for Preliminary Rulings.

9. In their decision in June 2022, the CJEU recognized that in general, the UK Arbitration and the Spanish judgment would be irreconcilable, thus agreeing with the argument brought forward by the Club. However, it noted that the principle of Lis Pendens - pending litigation - prevented this outcome (further explained within paragraphs 18-21).

4. The Gross Awards

10. The Club also initiated new arbitration proceedings against Spain for breaching their arbitration obligations. Spain answered by claiming State-immunity and - alternatively – that the Court had no jurisdiction. Justice Henshaw dismissed Spain's Immunity claims and appointed Sir Peter Gross as arbitrator. The hearings had taken place in September 2021 and January 2022. While Sir Peter Gross was preparing the award, the CJEU gave the judgment referred to above. Spain sought that Sir Peter Gross should hear further submissions as to the impact of the CJEU Judgment on the arbitration, leading to further oral hearings in September and November 2022. In January 2023, Sir Peter Gross issued the First Partial Award, mostly. This was followed by the Second Partial Award in March 2023, formalizing the relief granted to the Club. Spain, however, challenged the Gross First Award, alleging misinterpretation of the CJEU judgment, lack of jurisdiction for injunctions.

11. This challenge, as well as that of the Club against the registration of the Spanish judgment for recognition and enforcement, leads us to the present judgment.

III. Reasoning by Justice Butcher

12. In “London Steam Ship Owners Mutual Insurance Association v Spain”, [2023] EWHC 2473 (Comm), Mr. Justice Butcher of the High Court of Justice ultimately ruled in favor of the Club and held that Spain’s attempt to enforce the Spanish decisions in the UK was unlawful due to irreconcilability with the Arbitration Award in the UK. He thereby upheld the Gross Awards against Spain’s challenges and ruled in favor of the appeal against Spain’s Application of Enforcement.

13. In the Judgment, had to resolve several matters laid out by both parties. First, he had to decide on the remaining issues in the Clubs Appeal (Claim No. CL-2019-000518) and second, he had to decide on Spain’s challenges to the Gross Awards (Claim No. CL-2023-000050). For the Clubs Appeal, he had to decide on the material topic of Irreconcilability, as well as on the arguments pro and contra being bound by the CJEU Decision on grounds of Res Judicata, Jurisdiction and Public Policy. Concerning the Challenges by Spain he had to first decide whether to give permission to their appeal and secondly go through their application concerning mostly the interpretation and effect of the CJEU Judgment regarding Sir Peter Gross’s Jurisdiction and the question whether Spain had breached their obligation to arbitrate. Spain also challenged whether the Arbitrator had had the power to award equitable compensation against them.

14. Since the matters of irreconcilability and Public Policy will be analyzed more thoroughly in the subsequent chapter, they will thus be left out of this part.

1. Res Judicata

15. Spain had contended that the Decision of the CJEU was a binding determination of the effect that Article 34(3) of the Jurisdiction and Enforcement Regulation (Irreconcilability) was not applicable for arbitration awards if a judgment on the same terms could not have been entered by the enforcing court. The Club disputed that the CJEU Decision was binding in this regard as it was based on the holding that the English s. 66 Judgments could and should not have been given. This issue however had – according to the Club - already been decided by the English Courts. Thus, the issue was “Res Judicata” and could not be displaced by the subsequent CJEU Decision. Since the non-recognition of the English S. 66 Judgments within the Jurisdiction and Enforcement Regulation based on the subsequent CJEU Ruling would contradict the prior final ruling of the English Courts, relying on the CJEU Decision would be “manifestly contrary to public policy” pursuant to Article 34(1). Conversely, Spain argued that there was no conflict between the English S. 66 judgments and the CJEU judgment and therefore no ground for Res Judicata. They claimed that the English Court hadn’t ruled on the relevance of its ability to render judgment on the claims under the Regulation during the original proceedings.

16. Justice Butcher reviewed the decisions made by Hamblen J in 2013 and the Court of Appeal in 2015. He noted that Spain had put forward arguments in connection with the Jurisdiction and Enforcement Regulation: Either the S. 66 Judgment would not be a judgment within the meaning of Article 34(3), therefore it would not preclude a contrary Spanish judgment and therefore would be no utility in granting it. Or else the S. 66 Judgment represented such a judgment in the sense of the Article 34(3), in which case it would be contrary to the regulation itself, since the Lis Pendens provision in Article 27 would have prevented its creation. Judge Hamblen had dismissed these arguments.

17. To Justice Butcher, this finding made it clear that Hamblen had reached a conclusion regarding Spain’s argument of inconsistency with the Regulation. Hamblen had decided that the S. 66 Judgment could and should be entered and that norms of Regulation could not prevent this, since it does not apply to arbitration. The subsequent decision of the CJEU which Butcher found to be plainly

inconsistent with Hamblen's reasoning³ cannot therefore be applied for reasons of Res Judicata. He also rejected any exemptions from Lis Pendens in this case.

2. Jurisdiction

18. In this portion of the judgment, Justice Butcher evaluates the Club's contention that the CJEU had overstepped its jurisdiction in its decision regarding the English S. 66 judgments. If so, the question would remain whether he would still be bound by it or could apply his own reasoning. Specifically, the focus was lying on paragraphs [54]-[73] of its judgment. Before, the CJEU had decided that an arbitral award can constitute a judgment within the meaning of Article 34(3) of the Jurisdiction and Enforcement Regulation, thus rendering the Spanish judgments possibly irreconcilable and therefore not enforceable in England. In [54]-[73], the court said that Article 34(3) still could not apply, since there was pending litigation in Spain when the Arbitration that concluded in the Award, was initiated. Since the Award could therefore not have been the subject of a judicial decision falling within the scope of the Regulation, as Article 27 would have required the court to decline its jurisdiction, "in such circumstances, a judgment entered in the terms of an arbitral award [...] cannot prevent, under Article 34(3) of Regulation No. 44/2001, the recognition of a judgment from another Member State."⁴ This meant that the recognition of a decision (here: the Spanish one) can in principle be prevented by the English court "re-dressing" an arbitration award into a decision of the court through a S.66 Judgment - but only if the arbitration award also does justice to what one might have expected from a state court.⁵

19. The club was of the opinion that the CJEU gave answers to questions which had not been referred to it, and which had been actively refused to refer. The questions were whether a S. 66 judgment could fall within Article 34(3) in light of two specific points, not whether there were other reasons to deny its applicability. Spain on the other hand contended that the CJEU had power to reformulate questions and give qualifications to the answer in relation to the question if otherwise it would have given an answer to the question which it does not consider to be correct.

20. Justice Butcher then revisits the legal framework of Article 267 TFEU and the Withdrawal agreement, emphasizing the cooperative nature of the preliminary reference procedure between national courts and the CJEU. In his view, the CJEU went "far and plainly beyond"⁶ reformulating the questions asked and had addressed what were in substance different questions. He deemed it to be not within the Court's remit to answer questions that the national court has expressly or implicitly refused to refer. Because of that, the CJEU had "trespassed on the facts of the case."⁷

21. In addition, he considered that the CJEU applied the law to the facts based on an incomplete understanding of the case, especially considering the earlier proceedings which had resulted in the English S. 66 judgments. The CJEU had not taken into account that certain issues - such as the applicability of an Arbitral Award in light of fundamental principles of the Regulation - had already been raised and decided in earlier proceedings, for which reason they were Res Judicatae. As per his conclusion, under the Withdrawal Agreement, the English Court would post-Brexit not be bound by the CJEU's overreaching segments. He did not subsequently make his own decision on this issue, but recognised that the Hamblen decision had Res Judicata effect and that it was therefore not for the CJEU or him to make a contrary decision.

³ Judgment, para. 186.

⁴ CJEU Judgment, para. 72.

⁵ *Hartenstein* in: "Recht der Transportwirtschaft", 2022, 458 para. 53.

⁶ Judgment, para. 227.

⁷ Judgment, para. 214.

3. Spain's Challenges

22. In this section, Justice Butcher addresses Spain's Challenges to the Gross Awards, particularly focusing on their applications under sections 67 and 69 of the Arbitration Act 1996.

23. For the section 67 application, Spain contends that the CJEU judgment entitled it to bring direct action claims in Spain, which would negate Sir Peter Gross's jurisdiction in the arbitration. However, Justice Butcher confirms Gross's jurisdiction, referencing the Court of Appeal's decision in *The Prestige Nos 3 & 4*, which had already established Gross's authority. Furthermore, the CJEU judgment had not dealt with the issue of the arbitrator's jurisdiction to begin with and if it had so, it would have once again overstepped its power. As a result, Justice Butcher dismissed this aspect of Spain's section 67 application.

24. Regarding section 69, Spain was seeking permission to appeal on four points, particularly those based on the CJEU judgment. Justice Butcher, while agreeing that these points may be of general public importance and at least open to serious doubt, ultimately dismisses the appeal. He reasons that the CJEU judgment does not address Spain's obligation to arbitrate nor Gross's jurisdiction. Justice Butcher asserts that the CJEU's findings in paragraphs [54]-[73] are not binding if they address unasked questions or attempt to apply law to the facts.

25. The judgment then delves into the arbitrator's power to award equitable compensation for Spain's breach of obligation to arbitrate. Justice Butcher agrees with Sir Peter Gross's conclusion that equitable compensation should be available in such cases, aligning with the notion that monetary compensation is appropriate for breach of any obligation equivalent to a contractual obligation. Regarding the power to grant an injunction against a sovereign state, the judgment discusses the limitations imposed by the State Immunity Act 1978 (SIA) and the AA 1996. Justice Butcher concludes that the court and, by extension, an arbitrator, do not have the power to grant an injunction against a state in the absence of its consent. This interpretation is based on the understanding that s. 13(2) SIA limits the court's jurisdiction and power.⁸ He also notes that the Club's argument, seeking to enforce such an injunction in other jurisdictions, does not align with the legislative intention of Parliament.

26. Justice Butcher concludes that a court, and hence an arbitrator, could not grant damages in lieu of an injunction under s. 50 of the Senior Courts Act (SCA) against a state without its consent. This conclusion supports his view that equitable compensation should be available, and its availability should not be contingent on the power to grant an injunction.

IV. Analysis

27. The following analysis is intended to examine the points of the irreconcilability and public policy debate within the judgment in more detail.

1. Irreconcilability

28. Since Justice Butcher has devoted more than 20 pages to this part of his judgment, it makes sense to undertake a more detailed analysis of Irreconcilability. For this purpose, an abstract explanation of the principle is first provided, followed by how it was applied in the present case.

⁸ Judgment, para. 351, referring to *Saville* in *A Co Ltd v Republic of X* [1990] 2 Lloyd's Rep 520.

A) Abstract

29. Irreconcilability refers to a situation where two judgments entail legal consequences that are mutually exclusive, making it impossible for them to coexist within a single legal framework; The concept of irreconcilability in international law serves as a mechanism to maintain legal coherence when cross-border judicial decisions intersect.⁹ In the EU, the legal framework for addressing irreconcilability is outlined in the Brussels I Regulation (EU) 1215/2012 (informally known as “Brussels 1 bis”) which is effective since 1 January 2015. Pursuant to Article 46, the enforcement of a judgment shall be refused where one of the grounds referred to in Article 45 is found to exist. Article 45 paragraph 1 c) provides that the recognition of a judgment shall be refused if the judgment is irreconcilable with a judgment given between the same parties in the Member State addressed.

30. The question of irreconcilability of judgments has been subject to various EU-cases which have specified its requirements.

a) *Hoffmann v Krieg*

31. In *Hoffmann v Krieg*, the parties were German nationals who married in Germany in 1950.¹⁰ In 1978, the husband settled in the Netherlands. In 1979, at the wife’s request, he was ordered in Germany to pay her a monthly maintenance pension. At the husband’s request, the marriage was divorced in the Netherlands in 1980 and entered in the civil status register of Den Hague in the same year; since then, the marriage has been deemed dissolved in the Netherlands. When she subsequently tried to enforce her maintenance claim in the Netherlands, he lodged an appeal which he won at first instance and lost at second instance. The question of the irreconcilability of the two decisions was then referred to the ECJ, which said the following: “In order to ascertain whether the two judgments are irreconcilable [...], it should be examined whether they entail legal consequences that are mutually exclusive.”¹¹

32. In that case, the order for enforcement of the foreign maintenance order was issued at a time when the national decree of divorce had already been granted. The German judgment necessarily presupposes the existence of the marriage and would have to be enforced in a Country where that relationship had been dissolved by a judgment between the same parties. Accordingly, the German judgment was irreconcilable with the Dutch divorce decree and could therefore not be enforced in that country.

b) *Italian Leather SpA v WECO Polstermöbel GmbH*

33. In *Italian Leather SpA v WECO Polstermöbel GmbH*, Germany and Italy had issued conflicting interim orders about marketing products under a specific brand name.¹² While Germany had refused the order, Italy had granted a similar application. When the question arose whether the Italian order could be enforced in Germany, the Court once again had to decide whether the judgments entailed mutually exclusive legal consequences. In this case, the Court focused their analysis solely on the judgments’ legal effects. “Irreconcilability lies in the effects of judgments. It does not concern the requirements governing admissibility and procedure which determine whether judgment can be given and which may vary from one Contracting State to another.”¹³

⁹ *Stadler/Krüger* in: *Zivilprozessordnung*, 20th ed. 2023, EuGVVO Art. 45, para. 14.

¹⁰ *Hoffmann v Krieg* [1988] ECR 645.

¹¹ *Hoffmann v Krieg*, para. 22.

¹² *Italian Leather SpA v WECO Polstermöbel GmbH*, [2002] ECR I-4995.

¹³ *Italian Leather SpA v WECO Polstermöbel GmbH*, para. 44.

34. Based on these fundamental decisions, which concretised the concept of irreconcilability, the decision of Justice Butcher was also rendered.

B) The Application in this Case

35. Before Brussels 1 bis came into effect in 2015, the issues of jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters were handled by Regulation (EC) No. 44/2001 (for reasons of readability within this casenote referred to as “Jurisdiction and Enforcement Regulation”). Spain had issued the CPR part 23 application seeking to enforce the Spanish judgment on 28 May 2019. The continued use of the older Regulation can be explained by Article 66 (2) of Brussels 1 bis, which states that “Regulation (EC) No 44/2001 shall continue to apply to judgments given in legal proceedings instituted [...] before 10 January 2015 [...]”. Since the proceedings for the Spanish judgment – the enforcement of which Spain sought in the UK – were initiated before 2015, the old Regulation would apply. This does not lead to a different result, since Article 34, which deals with irreconcilability in paragraph 3, and the subsequent Article 35 were incorporated almost identically into the new Article 45 of Brussels 1 bis.

36. In the present case, there were essentially three points to consider concerning the matter of irreconcilability: (a) Is the Spanish Judgment irreconcilable with the English S. 66 Judgments? (b) Does the English S. 66 Judgment fall under Article 34(3) of the Jurisdiction and Enforcement Regulation? (c) Should an exception be made to the applicability of Art. 34(3) due to exceptional circumstances?

37. a) The Club contended that the English S. 66 judgments were irreconcilable with the Spanish Judgment simply due to the fact that it entailed a different legal outcome than the Spanish one. The English judgments had declared the Club not liable to Spain due to the “Pay to be Paid” clause in the Club’s rules and the absence of prior payment by the owners while the Spanish judgment held the Club liable. Spain countered that the judgments could be reconciled. Their stance was that the English judgments were specific to the circumstances at their issuance and didn’t preclude the Club’s liability as determined in the Spanish judgment. Based on the case law of *Hoffmann v Krieg* and *Italian Leather*, Justice Butcher came to the conclusion that, since irreconcilability is determined solely by effects the judgments produce, not by their reasoning or procedural steps, the judgments were indeed irreconcilable. Previous court decisions, including the CJEU, had also come to this conclusion.

38. b) Several arguments were now brought forward by Spain, disputing the applicability of Article 34(3) if the judgments were to be deemed irreconcilable.

39. Solo Point: Spain argued that the English S. 66 judgments were not relevant ‘local’ judgments for the purposes of Article 34(3) because they were not judgments of ‘a judicial body of a Contracting State deciding on its own authority on the issues between the parties’. This argument was based on the ECJ decision in *Solo Kleinmotoren GmbH v Emilio Boch*¹⁴. The Club countered that the decision in *Solo Kleinmotoren* had to be confined to the case of court-approved settlements. They argued that an order under s. 66 AA 1996 does involve a judicial decision and is not simply passive, thereby qualifying as a relevant judgment.

40. Material Scope Point: Spain contended that Article 34(3) should only apply to judgments falling within the material scope of the Regulation. They argued that the English S. 66 judgments, being related to arbitration, fell outside this scope. The Club argued that Article 34(3) should apply to any local judgment, regardless of whether it arises in Regulation proceedings, to protect the integrity of a Member State’s internal legal order.

¹⁴ *Solo Kleinmotoren GmbH v Emilio Boch* [1994] ECLI:EU:C:1994:221

41. Mutual Trust Point: Spain suggested that the English S. 66 judgments undermined the principle of mutual trust, by interfering with the jurisdiction of another Member State. The Club refuted this, emphasizing that the judgments did not prevent Spain from accessing Spanish courts or review the Spanish court's jurisdiction.

42. Justice Butcher ruled in favor of the Club primarily based on the principle of maintaining the integrity of the English legal order. Contrary to Spain's argument, he determined that the English judgments were not merely passive recordings of an arbitration outcome but involved active judicial decisions, hence qualifying as 'local' judgments under Article 34(3). He also dismissed Spain's contention that these judgments fell outside the Regulation's scope, emphasizing that the Regulation did not exclusively apply to judgments within its subject matter, as seen in Cases like *Hoffmann v Krieg*. Furthermore, Butcher rejected the mutual trust argument, finding that the English judgments did not interfere with the Spanish court's jurisdiction nor did they review its appropriateness, thus upholding the principle of mutual trust within the EU's legal framework.

43. c) Within the English S. 66 Judgments, Hamblen had to decide on the Spanish argument that his judgment would subvert the Regulation jurisdictional regime, and in particular the provisions as to *Lis Pendens* in Article 27(1), as the Spanish court proceedings had begun earlier than the British Arbitration. Justice Butcher later agreed that the English Courts were not bound by the CJEU's decision and ruled that the argument concerning *Lis Pendens* in Article 27 was subject to *Res Judicata* and therefore no longer subject to his judgment (See above in paragraphs 15-21).¹⁵ The substantive decision on this issue was therefore made solely by Hamblen within the S. 66 Judgments:

44. Hamblen had said that the argument assumes that the court should treat the S.66 application as if it was regulated by the Jurisdiction and Enforcement Regulation. Since Arbitration and its application to be enforced falls outside this regulation, he did not see a reason to apply its principles. "As the Club put it, why should the court refuse to grant a party the full benefit of an award which it has because to do so would run counter to the scheme of a Regulation that does not apply to arbitration?"¹⁶ In the appeal following Judge Hamblen's decision, Spain included counterarguments in Ground 3 of its appeal. However, on the second day of the appeal, Spain withdrew Ground 3, citing time constraints and the complexity of the matter.¹⁷ They suggested waiting for a Spanish judgment. Justice Butcher noted that Spain's decision not to pursue the entire Ground 3 left Hamblen J's decision on certain aspects undisturbed, thus having a *Res Judicata* effect. He therefore did not find Spain's actions during the appeal to be helpful to their case, as they could not reserve their right to challenge the decision on this point.

C) Butcher's Decision in light of the other judgments on this matter

45. Justice Butcher mostly cements previous judgments on the important question of the applicability of the Jurisdiction and Enforcement Regulation, mainly the CJEU Decision, Justice Hamblen's S. 66 Judgments and the Gross Awards.

a) CJEU Decision

46. Justice Butcher did not follow the Decision of the CJEU, as already discussed. Leaving aside Justice Butcher's lack of bindingness to the decision, the CJEU decision had grounds for criticism. The attempt to allow the Spanish judgments to prevail over the English arbitration revealed serious shortco-

¹⁵ Judgment, para. 203.

¹⁶ [2013] EWHC 3188 (Comm), para. 193.

¹⁷ Judgment, para. 180.

mings. On the one hand, the view that the English court decision was a judgment within the meaning of Art 34(3) of the Regulation was criticized. Rather, the logical conclusion of the Solo case law would have been to recognise that the state court in the case of S. 66 Judgments had not ruled on the points in dispute and therefore the “judgment quality” should be denied.¹⁸ Only an analogue application could be considered. However, the obviously result-oriented exception to which the CJEU refers on the basis of the “circumstances” under which the arbitration award was made seemed particularly worthy of criticism; the obligation to review judgments of member states and even the arbitration awards behind them is contrary to the system and jeopardizes legal certainty, which led to the CJEU being described, sometimes cynically, as having interpreted “judgment” in the sense of Art. 34(3) as “judgment free of all taint of jurisdictional error”¹⁹

47. The CJEU Decision thus requires the state court dealing with an arbitration award to hypothetically examine whether a state judgment with the content of the arbitration award would comply with the “provisions and fundamental objectives” of the Brussels Regulations. This leads to legal uncertainty as to which objectives and provisions are meant and how they are to be interpreted, which would have to be determined by the arbitral tribunal if it wishes to prevent its decision from subsequently having no effect. The scope of the decision is also unclear: Is it limited to judgments rendered pursuant to an arbitral award (as under English law), or does it also apply to orders that simply declare the award enforceable (as under German law)?²⁰

b) Hamblen’s Decision

48. Regarding Hamblen’s Decision, it turns out that the snag in the story may have been Spain’s failure to challenge the Hamblen decision on all points. Justice Hamblen had reached a final conclusion that the alleged inconsistency with the Regulation jurisdictional regime was not a good reason for not entering a S. 66 judgment because the Regulation did not apply to arbitration.²¹ This meant that any subsequent invocation of the same point would understandably face the accusation of *res judicata*, as it was subsequently decided by Justice Butcher.

c) The Gross Awards

49. Although Justice Butcher agreed with Peter Gross’s Decision of not being bound by the CJEU Decision, both clearly understood the Dilemma Situation they found themselves in. Peter Gross had previously said: “with great respect and after anxious consideration” as well as “this is not a conclusion I reach lightly but it is one to which I come without any real hesitation”²². Justice Butcher acknowledges this internal dilemma by sharing the exact wording of the passage. It is precisely at these points that the decisions of Sir Peter Gross and Justice Butcher read as if both are trying to “right a wrong” by means of another wrong that is at least less wrong than the one imposed previously by the CJEU and thus, justifiable. For this reason, both considered the possible effect of the CJEU Decision on International Arbitration to be more significant than the Decision to declare themselves unbound. It is obvious that this would result in major criticism.

¹⁸ HARTENSTEIN in: “Recht der Transportwirtschaft”, 2022, 458 para. 60-62.

¹⁹ BRIGGS in: Humpty-Dumpty, Arbitration, and the Brussels Regulation: A View from Oxford, The EAPIL Blog, <https://eapil.org/2022/06/23/humpty-dumpty-arbitration-and-the-brussels-regulation-a-view-from-oxford/> (last accessed on 17.12.2023).

²⁰ NIEHOFF in: “EuGH | Keine Geltendmachung eines Schiedsspruchs durch Anerkenntnisurteil bei Missachtung grundlegender Ziele der EuGVVO”, IWRZ 2022, 277.

²¹ Judgment, para. 177.

²² Sir Peter Gross’s First Award, para. 33.

50. Art. 89 section 1 of the Withdrawal Agreement between the UK and the EU makes it clear that judgments (including preliminary rulings) handed down after the end of the transition period are legally binding in their entirety for and in the UK. Within “The EU-UK Withdrawal Agreement explained”, a presentation by the European Commission to explain the Articles of the Agreement, the following is stated: “The CJEU’s jurisdiction for these new cases is consistent with the principle that the termination of a Treaty shall not affect any right, obligation or legal situation of the parties created prior to its termination. This ensures legal certainty and a level playing field between the EU Member States and the UK, with respect to situations occurring when the UK was under EU law obligations.”²³ The fact that preliminary rulings are generally binding was clarified by the court only a few years ago: “it is settled case-law of the Court that a judgment in which the latter gives a preliminary ruling is binding on the national court, as regards the interpretation or the validity of the acts of the EU institutions in question, for the purposes of the decision to be given in the main proceedings”.²⁴ According to the predominant view, the court in the main proceedings may not depart from its judgment and has no power to review, ignore or alter the content of the preliminary ruling.²⁵

51. Under the withdrawal agreement the inter-partes binding nature of preliminary decisions of the CJEU was supposed to still apply for the UK without modifications. The way Justice Butcher tries to strengthen his point about the lack of a binding nature with the UK’s withdrawal from the EU therefore lies on a shaky foundation. However, in view of the danger to the dominance of UK arbitration in the face of a CJEU decision that is also worthy of criticism, this result was at least to be expected. It seems that both courts have presumed to disregard the delicate balance between the powers granted to each other. In the end, legal certainty suffers above all with respect to both preliminary ruling procedures and the enforcement of arbitral awards.

2. Public Policy

52. Pursuant to the judgment, one of the most important grounds that the Club relied on was the public policy (“res judicata”) ground under Article 34(1) of the Jurisdiction and Enforcement Regulation. The Club contended that “enforcement would be contrary to English public policy because it would be contrary to (A) the rule as to res judicata, and (B) fundamental human rights.”²⁶ The judgment focused on discussing the res judicata ground as the second of these grounds was dealt with by another judgment.²⁷

53. In evaluating whether enforcement would be contrary to English public policy because it would be contrary to the rule as to res judicata, Justice Butcher analyzed the following three aspects: (a) Is Res Judicata a Matter of Public Policy?; (b) Can Article 34(1) be invoked if Article 34(3) is inapplicable?; and (c) Did the Club fail to assert res judicata in the Spanish proceedings?²⁸

A) Matter of public policy

54. Justice Butcher supported the Club’s argument and concluded that res judicata is a relevant public policy in England and Wales for the purposes of Article 34(1).

²³ “The revised EU-UK Withdrawal Agreement EXPLAINED”, The European Commission (Link: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/relations-non-eu-countries/relations-united-kingdom/eu-uk-withdrawal-agreement_en, last accessed on 17.12.2023).

²⁴ CJEU, C-62/14, ECLI:EU:C:2015:400, para. 16.

²⁵ *Wegener* in: Calliess/Ruffert, 6th ed. 2022, TFEU Art. 267 para. 50.

²⁶ Judgment, para. 252.

²⁷ Judgment, para. 253.

²⁸ Judgment, paras. 258-296.

55. In analyzing whether the principle of *res judicata* is a matter of public policy in England and Wales, Justice Butcher pointed out that although the rule as to *res judicata* “has historically been given effect to by way of an estoppel” and may operate by way of an estoppel, it still represents a rule of substantive law.²⁹ He cited *Carl Zeiss Stiftung v Rayner & Keeler* [1967] 1 AC 853, *AEGIS Ltd v European Re* [2003] 1 WLR 1041, *Virgin Atlantic v Zodiac* [2014] AC 160, and *JSC ‘Aeroflot-Russian Airlines’ v Berezovsky* [2014] 1 CLC 53 in reaching this conclusion.³⁰

56. Justice Butcher further found that the doctrine of *res judicata* is a matter of public policy for the purposes of Article 34(1) of the Regulation.³¹ He pointed out *res judicata* “is a very ancient principle, which is fundamental to the functioning of the legal system” and “this is as much in relation to a *res judicata* arising from an arbitral award as one arising from a judgment.”³² He emphasized that “cause of action and issue estoppels arise out of final and binding awards established by decisions of high authority.”³³ He cited academic authorities in making his conclusion persuasive.

57. Obviously, Justice Butcher reached the conclusion based on many authorities, however, there are several problems in his judgment.

58. First, in citing *Carl Zeiss Stiftung v Rayner & Keeler* [1967] 1 AC 853 and *AEGIS Ltd v European Re* [2003] 1 WLR 1041, Justice Butcher made it clear that the doctrine of estoppel is reflected in public policy.³⁴ However, there are differences between the doctrine of estoppel and the doctrine of *res judicata*. The doctrine of *res judicata* “allows for several *res judicata* pleas, namely the plea of cause of action estoppel, issue estoppel, former recovery, or abuse of process.”³⁵ “A *res judicata* is a decision given by a judge or tribunal with jurisdiction over the cause of action and the parties, which disposes, with finality, of a matter decided so that it cannot be re-litigated by those bound by the judgment, except on appeal.”³⁶ However, an estoppel means that “where a person (A) has caused another (B) to act on the basis of a particular state of affairs, A is prevented from going back on the words or conduct which led B to act on that basis, if certain conditions are satisfied.”³⁷ Therefore, the doctrine of estoppel being part of public policy does not mean that the principle of *res judicata* is a matter of public policy.

59. Similarly, Justice Butcher pointed out that issue estoppel is recognized by the finality principle, which is important in creating legal certainty—part of public policy.³⁸ However, it should be noted that issue estoppel does not equal the principle of *res judicata*, and therefore it cannot be concluded that the principle of *res judicata* is a matter of public policy based on the theory that issue estoppel is part of public policy.

60. Third, Justice Butcher cited *Virgin Atlantic v Zodiac* [2014] AC 160, in which the court stated that *res judicata* is a rule of substantive law.³⁹ However, Justice Butcher did not explain the reason why *res judicata* represents “a rule of substantive law” leads it to be a matter of public policy. In fact,

²⁹ Judgment, para. 260.

³⁰ Judgment, paras. 261-264.

³¹ Judgment, para. 267.

³² Judgment, para. 268.

³³ Judgment, para. 269.

³⁴ Judgment, paras. 261-262.

³⁵ S. SCHAFFSTEIN, *The Doctrine of Res Judicata Before International Commercial Arbitral Tribunals*, (Link: <https://orl.ouplaw.com/display/10.1093/law/9780198715610.001.0001/law-9780198715610-chapter-2?prd=OLRL>, last accessed on 24.01.2023).

³⁶ LexisNexis, *The doctrine of res judicata—overview*, (Link: https://www.lexisnexis.com/uk/lexispsl/disputeresolution/document/393747/5M0D-5621-F18B-72CC-00000-00/The_doctrine_of_res_judicata_overview, last accessed on 24.01.2023).

³⁷ LexisNexis, *Estoppel—common law and equitable—overview*, (Link: https://www.lexisnexis.com/uk/lexispsl/disputeresolution/document/393747/5MFD-V5K1-F18B-708M-00000-00/Estoppel_common_law_and_equitable_overview#:~:text=The%20doctrine%20of%20estoppel,if%20certain%20conditions%20are%20satisfied, last accessed on 24.01.2023).

³⁸ Judgment, paras. 264-265.

³⁹ Judgment, para. 263.

“the doctrine of public policy is a truly trans-substantive doctrine in law” because “the specter of public policy hovers over a multitude of subfields of law—for instance contract law, conflict of laws, arbitration, employment law, and family law.”⁴⁰

61. Finally, Justice Butcher did not analyze Spain’s arguments about *res judicata* being not a relevant public policy for the purposes of Article 34(1).

B) The applicability of Article 34(1)

62. Justice Butcher supported the Club’s argument and concluded that Article 34(1) can be invoked on the basis of *res judicata* arising from an award if Article 34(3) is inapplicable.

a) *Res judicata* in case of court judgments

63. Justice Butcher supported Spain’s argument in relation to court judgments. Spain contended that because the consequences of *res judicata* and the effect of *res judicata* are exclusively dealt with by Article 34(3) (as well as Articles 34(4), 35 and 72) of the Regulation, and an alleged interference with principles of *res judicata* cannot be invoked as public policy under Article 34(1).⁴¹ Spain mainly relied on the statements of the ECJ in *Hoffmann v Krieg* at paragraph [21]. Spain also referred to the commentary in *Briggs on Civil Jurisdiction and judgments*.

64. The Club argued that what the ECJ was saying in paragraph [21] of *Hoffmann v Krieg* is ‘somewhat elliptical’ and that it is ‘far from clear’ what was intended.⁴² It further argued that paragraph [21] of *Hoffmann v Krieg* should have a different meaning: “[i]f Article 34(3) is satisfied, then Article 34(1) does not apply; and that it was not excluding the possibility that if a case did not fall within Article 34(3) there might nevertheless be a ground of public policy within Article 34(1).”⁴³ The Club contended that the effect of the Regulation for which Spain contends on the basis of paragraph [21] of *Hoffmann v Krieg* has no support in the text or in the objects of the Regulation, and is inconsistent with a number of authorities and commentaries.

65. Justice Butcher mainly analyzed Spain’s argument about the statements of the ECJ in paragraph [21] of *Hoffmann v Krieg*. From his understanding, ECJ was saying that “if there is an issue of compatibility with a national judgment, the question of whether there is any bar to enforceability under the Regulation is to be ... decided one way or the other, by reference to whether Article 27(3) applies, and that reference to Article 27(1) of the Convention (Article 34(1) of the Regulation) is not then permissible and is ‘precluded’.”⁴⁴ He also considered that Article 34(1) is not available when an issue falls within the scope of Article 34(3) although in some circumstances where Article 34(3) does not apply to prevent enforcement.⁴⁵

66. The Club also cited *Hendrikman v Magenta Druck & Verlag GmbH* [1997] QB 426 to support its contentions that the prohibition on reference to Article 34(1) applies only when it is found that another ground under Article 34 applies.⁴⁶ However, Justice Butcher did not support the Club’s argument.

⁴⁰ F. GHODOOSI, *The Concept of Public Policy in Law: Revisiting the Role of the Public Policy Doctrine in the Enforcement of Private Legal Arrangements*, 94 Neb. L. Rev. 685 (2015) (Link: <https://core.ac.uk/download/pdf/188101311.pdf>, last accessed on 24.01.2023).

⁴¹ Judgment, para. 271.

⁴² Judgment, para. 275.

⁴³ *Id.*

⁴⁴ Judgment, para. 276.

⁴⁵ Judgment, para. 277.

⁴⁶ Judgment, para. 278.

67. Therefore, Justice Butcher supported that the Reference has established that Spain is correct on the arguments in relation to court judgments.

68. Justice Butcher conducted a well-rounded analysis in this part. However, he did not evaluate Spain's arguments about commentary in *Briggs on Civil Jurisdiction and judgments* although he got a conclusion which was in favor of Spain.

b) *Res judicata in case of arbitral awards*

69. Justice Butcher negated Spain's argument in relation to arbitral awards.

70. The CJEU confirmed that Article 34(3) and (4) exhaustively regulated the issue of the force of res judicata acquired by a judgment previously given, thereby excluding the possibility of reliance on the public policy exception in Article 34(1).⁴⁷ Justice Butcher found that the reasoning of CJEU is binding. However, the Club also contended that even if Article 34(3) and (4) are exhaustive of the issue of the force of res judicata of a domestic judgment, they are not in relation to the effect of an arbitral award.⁴⁸

71. Justice Butcher agreed with the Club on this argument. He considered that the principle in paragraph [21] of *Hoffmann v Krieg* could be interpreted to mean that "it would be against the public policy of res judicata to permit enforcement of an incoming judgment which is inconsistent with an existing arbitration award, at least where that award was on the merits and had created a res judicata between the parties."⁴⁹ He specifically pointed out that the scope of the term "judgment" in Article 34(3) "embraces only decisions given by courts or tribunals of the justice system of a state and does not extend to awards in consensual arbitrations."⁵⁰

72. Justice Butcher further pointed out that because the Recast Regulation does not affect the application of the New York Convention, which entails that "the Recast Regulation does not require enforcement of the judgment of the courts of another Member State which is inconsistent with an award which is to be enforced under the New York Convention."⁵¹ He also believed that recognizing that a foreign judgment should not be enforced if inconsistent with a domestic arbitration award which has created a res judicata would avoid an inconsistency between the effect of New York Convention and domestic awards.⁵²

73. Moreover, Justice Butcher noticed that not all Member States have the concept of s. 66 proceedings or their equivalent and some legal systems in the EU/EEA do not include mechanism for exequatur of a domestic award. He considered that "there would be no means in such jurisdictions for a domestic award to preclude recognition of an incoming Member State judgment" if "an award did not give rise to the possibility of non-enforcement of a foreign judgment under Article 34(1)," "putting such systems at a disadvantage compared to those which did have an exequatur or s. 66-type procedure."⁵³

74. He did not consider that the authorities that Spain cited are compelling.

75. i) First, about the decision of the French Cour de Cassation in *Republic of Congo v Groupe Antoine Tabet* [2007] Rev Crit DIP 822, Justice Butcher understood that the Cor de Cassation did not

⁴⁷ Judgment, para. 282.

⁴⁸ Judgment, para. 283.

⁴⁹ Judgment, para. 284.

⁵⁰ *Id.*

⁵¹ Judgment, para. 285.

⁵² *Id.*

⁵³ Judgment, para. 286.

consider “as to whether enforcement of the foreign judgment would have been capable of being resisted by reason of the public policy exception in Article 27(1) of the Lugano Convention.”⁵⁴

76. ii) Second, about the obiter consideration in *The Wadi Sudr*, Waller LJ doubted “whether the recognition of the foreign judgment would, in those circumstances, infringe a fundamental principle of the English legal order.” Justice Butcher understood that “was not a case of a conflict of the foreign judgment with an arbitration award on the merits, creating a *res judicata*, and was thus significantly different from the present.”⁵⁵

77. Justice Butcher also found that the reasons Dr. Martin Illmer gives “as to why the Article 34(1) route to avoid this unsatisfactory result, assuming Article 34(3) is not applicable, is not available, are not persuasive, and in particular he does not consider the public policy of finality in litigation.”⁵⁶ On the contrary, he found “more persuasive the view expressed in *Raphael: The Anti-Suit Injunction* (2nd ed), para. [15.14], that ‘the prior award on the merits should still justify refusal of enforcement as a matter of public policy’.”⁵⁷ He thus concluded that “the Club could rely on the public policy of *res judicata* to resist enforcement of the Spanish Judgment as being inconsistent with the Award.”⁵⁸

78. Finally, Justice Butcher mentioned the statements in the Advocate General’s opinion and the CJEU judgment. The Advocate General’s opinion clearly contradicted Justice Butcher’s conclusion, and Justice Butcher refused to adopt their opinion because he considered that they did not consider the points which he set out above. He further considered that the CJEU judgment did not provide any binding determination of this point because it did not exactly state that “Article 34(1) would be inapplicable to *res judicata* arising from the award itself.”⁵⁹

79. As a result, Justice Butcher concluded that if Article 34(3) is not applicable in this case, Article 34(1) is applicable, by reason of the *res judicata* arising from the Schaff Award.

80. There are potentially several problems. First, the New York convention is applied to enforce the foreign arbitral awards.⁶⁰ However, Justice Butcher only mentioned the advantage of avoiding an inconsistency between the effect of New York Convention and domestic awards by recognizing that a foreign judgment should not be enforced if inconsistent with a “domestic arbitration award” which is to be enforced under the New York Convention. Second, Justice Butcher did not explain a lot about the reasons why he found Dr. Martin Illmer’s reasons unreliable and the view expressed in *Raphael: The Anti-Suit Injunction* (2nd ed) more persuasive. Finally, he reached a conclusion which is clearly different from the Advocate General’s Opinion. Although he mentioned that they did not consider some of his points, he did not explain the reasons why Advocate General’s Opinion should be changed because of his points.

C) Assertion of *res judicata*

81. Justice Butcher supported the Club’s argument and concluded that the Club did not fail to assert *res judicata* in the Spanish proceedings.

⁵⁴ Judgment, para. 287.

⁵⁵ Judgment, para. 288.

⁵⁶ Judgment, para. 289.

⁵⁷ *Id.*

⁵⁸ Judgment, para. 290.

⁵⁹ Judgment, para. 291.

⁶⁰ E. GAILLARD/B. SINO, *Enforcement under the New York Convention*, (Link: <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-challenging-and-enforcing-arbitration-awards/2nd-edition/article/enforcement-under-the-new-york-convention>, last accessed on 20.12.2023).

82. In the judgment, Justice Butcher did not recognize Spain's contention "that if there was any *res judicata* arising out of the Schaff Award or the English s. 66 judgments, it was available to the Club to seek to assert it in the Spanish courts; that it was for the election of the Club as the party armed with the *res judicata* to decide if, when and how to rely on it; and the fact that the Club chose not to rely on it in the Spanish courts meant that there was no question of an infringement of UK public policy if there was now an enforcement here of the Spanish Judgment."⁶¹

83. On the contrary, Justice Butcher found that "for at least one of several reasons, the Schaff Award and English s. 66 judgments would not have been recognised in Spain."⁶² In reaching this conclusion, he mainly relied on the witness Mr Ureña called by the Club. Spain had served expert evidence from Professor Pulido-Begines, and he and Mr Ureña had produced a Joint Expert Statement. However, since Spain chose not to call Professor Pulido-Begines in the event, it is possible that Justice Butcher missed some relevant information in making the ruling.

V. Conclusion

84. Subsequent to Brexit, it is worth noting that there can be tensions between UK courts and CJEU.⁶³ In the context of CJEU finding that the arbitration proceedings initiated by the insurer in the UK cannot block the recognition of the Spanish judgment, the tensions are clearly reflected in Justice Butcher's two main findings in this case: "(1) that the Spanish judgment is irreconcilable with the English s. 66 judgments, and (2) if that were wrong, recognition of the Spanish judgment would be contrary to principles of English public policy relating to *res judicata* by reason of the prior Schaff award." In reaching the conclusion in this complex case, Justice Butcher referred to previous judgments, awards, and academic authorities. However, this judgment still leaves room for further thought considering the reliance on an arguably shaky foundation concerning the binding nature of the CJEU Preliminary Ruling, the failure to evaluate all of Spain's arguments and lack of explanation on opposing views.

⁶¹ Judgment, para. 293.

⁶² Judgment, para. 296.

⁶³ R. HOGARTH, *Brexit and the European Court of Justice*, (Link: https://www.instituteforgovernment.org.uk/sites/default/files/publications/IfG_Brexit_Euro_Court_Justice_WEB.pdf, last accessed on 24.01.2024).

¿Tienen competencia (internacional e interna) los tribunales españoles para modificar una decisión de alimentos en los supuestos transfronterizos?

Do the Spanish courts have jurisdiction (international and domestic) to modify a maintenance decision in cross-border cases?

NURIA MARCHAL ESCALONA*

*Profesora Titular de Derecho internacional privado
Universidad de Granada*

ORCID ID: 0000-0002-0353-664X

Recibido: 29.11.2023 / Aceptado: 27.12.2023

DOI: 10.20318/cdt.2024.8450

Resumen: La complejidad es una de las características innatas al Derecho internacional privado. Saber qué problemas plantean las relaciones privadas internacionales y cómo se resuelven es, hoy en día, una asignatura todavía pendiente para muchos de nuestros Juzgados y Tribunales, como así lo demuestra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cáceres con fecha de 29 mayo 2023. En ella se evidencian errores que lejos de ser simples y comprensibles, son inexplicables e inconcebibles. Acredita no solo el desconocimiento de los conceptos más básicos de nuestra disciplina, sino también de las fuentes que lo regulan.

Palabras clave: Competencia judicial internacional, competencia interna, modificación de una decisión en materia alimenticia.

Abstract: Complexity is one of the innate characteristics of private international law. Knowing what problems are posed by international private relations and how they are resolved is, nowadays, a subject still pending for many of our Courts and Tribunals, as is demonstrated by the Judgment handed down by the Provincial Court of Cáceres on 29 May 2023. It reveals errors that, far from being simple and understandable, are inexplicable and inconceivable. It demonstrates not only a lack of knowledge of the most basic concepts of our discipline, but also of the sources that regulate it.

Keywords: International jurisdiction, domestic jurisdiction, modification of a maintenance decision.

Sumario: I. Introducción. II. Análisis de la decisión. 1. Hechos. 2. Valoración: aciertos, omisiones, errores y deslices del Tribunal. III. Reconocimiento de una decisión extranjera dictada en materia alimenticia y límites de competencia. IV. Conclusiones.

*El presente trabajo ha sido elaborado en el marco del Proyecto de I+D+i PID2019-106496RB-I00 “Retos de la regulación jurídico-patrimonial del matrimonio y de otras realidades (uniones de hecho) en los planos supraestatal y estatal” (REJURPAT), Programa Estatal de Generación de Conocimiento y Fortalecimiento Científico y Tecnológico del Sistema de I+D+i y de I+D+i Orientada a los Retos de la Sociedad, Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2017-2020. Todos los enlaces han sido consultados el 1/12/2023.

1.Introducción

1. Con la modificación de una pensión de alimentos se trata de proteger al acreedor frente a los desequilibrios económicos cuando nuevos hechos sobrevenidos producen una alteración sustancial en las circunstancias que fueron decisivas para la fijación de la cuantía de la prestación¹. Para ello, dicha alteración debe ser sustancial. Una apreciación que corresponde determinar al tribunal que sea competente para conocer de dicha pretensión. Esta es precisamente la cuestión que se plantea en la Sentencia, objeto de comentario, dictada por la Audiencia Provincial de Cáceres (en adelante, AP) con fecha de 29 mayo 2023².

2. Esta decisión tiene como objeto saber si los tribunales españoles ostentan (o no) competencia judicial (internacional e interna) para modificar una decisión judicial española dictada en materia alimenticia interpuesta por el deudor (el padre) frente a los acreedores (los hijos) que residen en la actualidad en el extranjero junto a la madre. En esta Sentencia se evidencian no solo los errores cometidos por la AP al tratar de fundamentar la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles, sino también los existentes sobre una cuestión de fondo sobre la que se comete una inexactitud de mayor trascendencia, a saber: desconoce la distinción que existe en los supuestos internacionales entre la competencia judicial internacional y la competencia interna de nuestros Tribunales. De hecho, de la lectura de decisión no se sabe a ciencia cierta si el problema jurídico que se plantea – y que debe resolverse– en el presente supuesto es si los tribunales españoles ostentan competencia judicial internacional para modificar una resolución dictada en materia de alimentos, o bien su competencia territorial. Una lamentable confusión no es nueva, como así se evidenció en el Auto de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo número 9225/2019, de 17 de septiembre de 2019³, donde los tribunales españoles de declararon territorialmente incompetentes para modificar una sentencia de alimentos en un supuesto de tráfico jurídico externo.

3. En supuestos internacionales es preciso determinar la competencia judicial internacional de los tribunales españoles para modificar una decisión dictada en materia de alimentos. Esta operación es previa a la determinación de la competencia interna. A continuación, analizaremos los hechos, fundamentos, aciertos, errores y deslices cometidos, para posteriormente concretar cómo deberían de haber actuado el Tribunal *a quo* en este caso. Es cierto que esta decisión hubiera tenido un mayor interés si la resolución judicial a modificar hubiera sido dictada por un tribunal extranjero, puesto que, en tales casos, debería de haberse concretado si era preciso (o no) obtener el executatúv previo de dicha decisión. Con todo, dedicaremos unas breves líneas a esta cuestión.

¹ La generalización de este fenómeno ha supuesto que, habitualmente, se acuda a sistemas de actualización automática de la cuantía, mediante cláusulas de estabilización que pueden ser pactadas por las partes, pero también objeto de fijación judicial en la sentencia. (M.A. MICHINEL ÁLVAREZ, *El Derecho internacional privado en los tiempos hipermodernos*, Dykinson, Madrid, 2011, p. 152).

² ECLI:ES:APCC:2023:339^a.

³ ECLI:ES:TS:2019:9225^a. Los hechos son sencillos. Se interpone, ante tribunales españoles, una demanda de modificación de las medidas adoptadas en sentencia de divorcio dictada por un órgano jurisdiccional rumano. La demanda la interpone la madre -que reside en España con su hija menor de edad- frente al padre de dicha menor, que tenía su domicilio en Madrid, y en relación al importe de la pensión alimenticia y reparto de diferentes gastos relativos a la menor. El Juzgado de Primera instancia también español correspondiente al domicilio del padre demandado, por aplicación del art. 769 LEC. Por su parte, el juzgado del domicilio del demandado considera que la competencia territorial corresponde al Juzgado de Primera Instancia donde la hija menor de edad tiene establecido su domicilio. Por tanto, dos Juzgados de Primera Instancia españoles declaran su falta de competencia territorial para el conocimiento de la demanda de modificación de medidas en materia de alimentos contenidas en una sentencia dictada en Rumanía. Las actuaciones se remiten al Tribunal Supremo para que resuelva sobre el conflicto negativo de competencia planteado. Para un comentario de la misma véase, M^a.J. VALVERDE MARTÍNEZ, “Competencia en la modificación por tribunales españoles de medidas relativas a alimentos establecidas por tribunales extranjeros. comentario al auto del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2020” *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 12, nº 1, 2020, pp. 763-775.

II. Análisis de la decisión

1. Hechos

4. Los hechos en los que se basa esta decisión pueden ser resumidos como siguen: el Juzgado de 1º Instancia e Instrucción de Navalmoral de la Mata, con fecha de 20 de marzo de 2023, dictó un Auto en el que se acordaba declarar la falta de competencia internacional de este órgano judicial para conocer de la demanda de modificación de una sentencia alimenticia dictada por un tribunal español ante la precaria situación económica que venía viviendo el acreedor de los mismos. La demanda se interpuso en el lugar de su residencia, es decir, en el Juzgado de Navalmoral de la Mata. Interpuesta dicha demanda su ex cónyuge adujo que vivía en Francia desde noviembre, según consta en el relato de los hechos. Por tanto, la cuestión que se planteaba era la de saber si el Juzgado de Navalmoral de la Mata era competente (o no) para proceder a dicha modificación. Sin embargo, de su lectura no queda claro si dicho Juzgado procedió a determinar su competencia judicial internacional, o bien su competencia interna, puesto que, mientras que, en los antecedentes de hecho de la decisión consta que:

“[...] el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción núm.- 1 de Navalmoral de la Mata, en los Autos, con fecha 20 de marzo de 2023, se dictó Auto cuya parte se acuerda declara la falta de competencia internacional de este órgano judicial para conocer de la demanda promovida procediendo el sobreseimiento y archivo”.

En el Fundamento Jurídico 1º de la AP consta que:

“En fecha 20 de marzo de 2023 se dictó Auto por el que se declara la falta de competencia territorial para conocer de la demanda de modificación de medidas acordadas en sentencia dictada por el Juzgado [...]”.

5. La AP de Cáceres parece tenerlo más claro, pues centra toda su argumentación en fundamentar la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles para modificar una decisión alimenticia. Para ello, recurre a diversos instrumentos normativos y, en particular, tanto al Reglamento Bruselas III⁴ como en el Br. II bis⁵, lo cual nos sorprende, máximo teniendo en cuenta que este último texto excluye la materia alimenticia de su ámbito de aplicación material [art. 1.3. e)].

6. *A priori*, la AP fundamenta la competencia internacional de los tribunales españoles en materia alimenticia en el art. art. 3 a) del Reglamento Bruselas III, que regula la competencia judicial internacional de los Tribunales para determinar los alimentos derivados de una relación familiar, de parentesco, matrimonio o afinidad y, por tanto, también los alimentos entre parientes. Considera que los foros de competencia de este Reglamento sirven también para conocer de acciones de modificación de resoluciones judiciales.

De conformidad con lo dispuesto en dicho precepto, cabe concluir la competencia de los órganos jurisdicciones para conocer de reclamaciones alimenticia siempre que en España concurra alguna de las siguientes circunstancias

“a) la residencia habitual del demandado, o b) la residencia habitual del acreedor, o c) en caso de demanda sobre el estado de las personas (divorcio, separación, nulidad) cuando la materia de alimentos sea accesoria de esta acción, será el órgano jurisdiccional competente según la ley del foro para conocer de esta acción, salvo si esta competencia se basa únicamente en la nacionalidad de una de las partes, o d) en caso de demanda sobre responsabilidad parental, cuando la materia de alimentos sea accesoria de esta acción, será el órgano jurisdiccional competente según la ley del foro para conocer de esta acción, salvo si esta competencia se basa únicamente en la nacionalidad de una de las partes”.

⁴ 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 alimentos (DOUE núm. 7, de 10 de enero de 2009).

⁵ 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 núm. 178, de 2 de julio de 2019).

Ahora bien, también es cierto que, de estos cuatro criterios de competencia, tan solo los dos primeros de competencia [a) y b)] podrían servir de fundamento a los Tribunales españoles para conocer de una eventual demanda de modificación de una resolución judicial.

De esta forma, la AP considera que, en este caso, son competentes los Tribunales españoles al encontrarse la residencia habitual del demandado de alimentos en nuestro país.

7. *A posteriori*, la AP trata de confirmar la competencia de los Tribunales españoles puesta en tela de juicio por la mujer, dado que, según esta, ella y sus hijos residían en Francia. Para ello, se apoya en los foros de competencia previsto en el Reglamento Bruselas II bis. Una norma que, como hemos señalado, excluye expresamente de su ámbito de aplicación material la cuestión alimenticia. A partir de aquí los dislates de la AP de Cáceres se multiplican. El primero se produce al tratar de fundamentar la competencia de los tribunales españoles en dos preceptos del Reglamento Bruselas II bis. Por una parte, la fundamente en su art. 9 (art. 8 Reglamento Bruselas II ter⁶). Un precepto que regula la prórroga de la competencia de los tribunales donde el menor tenía su residencia habitual en caso de cambio de residencia para conocer sobre cuestiones que afectan al Derecho de visita. Dicho precepto establece que, cuando un menor cambie legalmente de residencia de un Estado miembro a otro, adquiriendo una nueva residencia habitual en el último, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la anterior residencia habitual del niño/a seguirán siendo competentes para modificar una resolución judicial sobre el derecho de visita dictada en dicho Estado miembro antes de que el menor hubiera cambiado de residencia, durante los tres meses siguientes al cambio, siempre que el titular del derecho de visita con arreglo a la resolución judicial sobre ese derecho continúe residiendo habitualmente en el Estado miembro de la anterior residencia habitual del menor. Entiende la AP que la demanda se interpuso en el plazo señalado en dicho precepto y, por tanto, considera competente a los Tribunales españoles. Ignora la Audiencia que dicho foro regula la prórroga de competencia de los tribunales donde los menores tenían su residencia habitual, pero solo para modificar el Derecho de visita.

La AP confirma también su competencia en el art. 12.3º de dicho Reglamento, puesto que, según esta, el padre, titular de la potestad, reside en España y los menores tiene nacionalidad española y han residido España, hasta hace escasas fechas que se han trasladado con la madre a residir en Francia. Olvida la AP que dicho foro de competencia atribuye competencia a un Tribunal para cuestiones reguladas por el Reglamento cuando esta ha sido aceptada expresamente o de cualquier otra forma inequívoca por todas las partes en el procedimiento en el momento de presentar el asunto ante el órgano jurisdiccional.

Yerra, por tanto, la AP no solo por fundamentar su competencia en foros de competencia que no son de aplicación al supuesto planteado, sino también porque, en su caso, no sería aplicable el Reglamento Bruselas II bis, puesto que en la fecha de interposición de la demanda ya estaba en vigor el Reglamento Bruselas II ter que, desde el 1 de agosto de 2022, ha sido derogado al Reglamento Bruselas II bis.

8. En definitiva, todo el discurso de la AP se vertebra en una solo idea: afirmar y confirmar la competencia judicial internacional de los tribunales españoles para modificar una decisión dictada en materia alimenticia. A dicho recurso se adhiere también el Ministerio Fiscal, interesando en la competencia de los tribunales españoles para el conocimiento de la demanda de modificación de medidas relativa a los alimentos a favor de los hijos menores. Por todo ello, solicita la revocación de la resolución recurrida.

2. Valoración: aciertos, errores, omisiones y deslices del Tribunal

9. Aciertos: Sentada la diferencia que existe entre la competencia judicial y la interna en los supuestos transfronterizos, resulta sencillo entender que lo que el Tribunal de Primera Instancia debería de haber hecho era determinar la competencia judicial internacional de los Tribunales extranjeros, dado

⁶ Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (*DOUE* núm. 178, de 2 de julio de 2019)

que los acreedores tenían actualmente su residencia habitual en Francia. La AP de Cáceres así lo entiende y encauza, como hemos visto, su errática argumentación en acreditar la competencia internacional de los tribunales españoles. Acierta también cuando considera, como lo hace la práctica totalidad de la doctrina⁷ y la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) de 15 de febrero 2017, As. C-499/15: W, V vs. X⁸, que los criterios de competencia judicial del Reglamento Bruselas III se aplican también para modificar una decisión alimenticia.

10. Errores: Hemos encontrado dos. En primer lugar, porque fundamenta la competencia de los Tribunales españoles en el foro del domicilio del demandado. Según consta, el deudor tiene su residencia en España y el acreedor en otro país, y es el propio deudor quien solicita a las autoridades españolas la modificación de la resolución judicial. Sin embargo, descartada la competencia de los tribunales españoles sobre la base de los dos criterios previstos – de los dos que son operativos– en el art 3 del Reglamento Bruselas III, al no encontrarse en España ni la residencia habitual del demandado ni la del acreedor de alimentos, solo cabría fundamentar dicha competencia, bien en un eventual acuerdo de sumisión entre las partes que, en el presente caso, no sería posible dado que no resulta operativa para modificar decisiones que se hallen referidas a menores de 18 años, o en una posible sumisión tácita (*ex art. 5* Reglamento Bruselas III), o bien en el art. 6 que atribuiría competencia a los Tribunales españoles, puesto que el acreedor como el deudor ostentan la nacionalidad española (art. 6). Pero, ¿qué sucedería en el caso de que no hubiera sumisión de las partes a favor de tribunales españoles, ni pudiera invocarse el foro de la nacionalidad común? Quedaría la posibilidad de determinar la competencia en base al foro de necesidad previsto en el art. 7, aunque, en este caso en concreto, no sería operativo. Para R. Rueda Valdivia, el problema se solventaría fácilmente sustituyendo en el primero de los foros del art. 3 el término “demandado” por el de “deudor”. De este modo se aseguraría de manera definitiva la competencia de los tribunales españoles para conocer de acciones de modificación⁹.

El segundo error que detectamos lo encontramos al querer reforzar la AP su competencia en base a lo establecido tanto en el Reglamento Bruselas II bis, dado que, como bien afirma, en el Fundamento Jurídico 3 “*no se ocupa de las obligaciones de alimentos, de las consecuencias patrimoniales del matrimonio u otras posibles medidas accesorias*”.

11. Omisiones: Afirmada la indiscutible competencia internacional de los órganos jurisdiccionales españoles para el conocimiento del asunto, se debería de haber abordado la cuestión relativa a la competencia territorial de los tribunales españoles. Y, a tales efectos, es preciso recordar que los dos foros recogidos en los arts. art. 3 a 7 del Reglamento Bruselas III son foros con doble función. Operan, en efecto, como foros de competencia internacional y también como foros de competencia territorial¹⁰, sustituyendo de este modo, en aquellos supuestos en los que la reclamación de alimento que se suscite ante los tribunales españoles presente carácter internacional a los criterios de competencia previstos en la normativa estatal. En este sentido se pronunció el Tribunal en la Sentencia dictada el TJUE de 18 diciembre 2014, As. C-400/13-C-408/13, *Sophia Marie Nicole Sanders*¹¹.

⁷ N. JOUBERT, “La résidence de l’enfant du divorce face à la demande de modification de la décisions relative à la garde et aux aliments (nota a Sent. TJUE 15 febrero 2017, C-499/15)”, *RCDIP*, 2018-1, pp. 138-143.

⁸ ECLI:EU:C:2017:118.

⁹ *Id.*, “Modificación en España de resoluciones marroquíes sobre alimentos”, *Familia y sucesiones en las relaciones hispano-marroquíes*, M. Moya Escudero (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 177-231.

¹⁰ E. CASTELLANOS RUIZ, *Derecho de Alimentos. Aspectos Internacionales y Transfronterizos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 89-91; F. POCAR, I. VIARENGO, “Il Regolamento (CE) n.4 / 2009 in materia di obbligazioni alimentari”, *RDIPP*, 2009, pp. 806-828; B. ANCEL, H. MUIR WATT, “Aliments sans frontières. Le règlement CE n°. 4/2009 du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la re-connaissance et l’exécution des décisions et la coopération en matière d’obligations alimentaires”, *RCDIP*, 2010, pp. 457-484.

¹¹ ECLI:EU:C:2014:2461, FD 30: “El artículo 3, letra b), del Reglamento n° 4/2009 determina el criterio que permite identificar el órgano jurisdiccional competente para pronunciarse sobre los litigios transfronterizos relativos a obligaciones de alimentos, a saber, «el lugar donde el acreedor tenga su residencia habitual». Esta disposición, que determina tanto la competencia internacional como la competencia territorial, tiene por objeto unificar las reglas de conflicto de jurisdicción (véase, por analogía, la sentencia *Color Drack*, C-386/05, EU:C:2007:262, apartado 30)” y FD 31: “En sus observaciones escritas presentadas al Tribunal de Justicia, el Gobierno alemán y la Comisión ponen de relieve que aunque el artículo 3, letra b), del

12. Deslices: Estos se producen cuando al AP afirma que: “*estamos ante una demanda de modificación de medidas definitivas acordadas en sentencia de divorcio, y dicha modificación siempre corresponde al Juzgado que dictó la sentencia*”.

Olvida la AP que en los supuestos transfronterizos la decisión puede ser modificada por un tribunal diferente de aquel en el que ha sido dictada. De hecho, actualmente, es admitida la idea de que ningún atentado a la soberanía se produce cuando se atiende la solicitud de modificación de una sentencia extranjera. Debe desecharse la idea de que el juez de origen mantiene en exclusiva su competencia para la modificación de sus resoluciones. No obstante, puede entenderse que la conservación de dicha competencia puede resolver determinados problemas en el marco de la tutela judicial internacional, en particular, cuando se produce un conflicto negativo de competencia.

13. A modo de recapitulación, una nota crítica se impone a esta Sentencia, porque, aunque coincidamos en la solución del caso, lo analizado es un claro ejemplo de un desconocimiento no solo de la diferencia que existe entre la competencia judicial internacional y la interna, sino también de las fuentes que resuelven los problemas de DIPr.

III. Reconocimiento de una decisión extranjera dictada en materia alimenticia y límites de competencia

14. La modificación de los pronunciamientos fijados en una resolución judicial es una posibilidad prevista en nuestro ordenamiento con carácter general para ciertas decisiones que fijan una prestación continuada, como así sucede en materia alimenticia. Cuando dicho pronunciamiento está contenido en una resolución extranjera, ello supone que la futura decisión española tendrá por efecto la modificación del pronunciamiento dictado en una sentencia extranjera. No es este el caso, pero si lo fuera sentada la competencia (internacional e interna) de las autoridades españolas para conocer de una eventual acción de modificación en base a lo establecido en el Reglamento Bruselas III, sería necesario plantearse si era preciso reconocer la resolución extranjera que se pretendiera modificar¹². Es cierto que la necesidad previa de reconocer en España la resolución extranjera acarrea, en principio, incorporar un obstáculo a la acción de modificación, pero se trata de una barrera que, si no es superada, impediría el ejercicio de la acción destinada a modificar la situación. Si no existe la situación jurídica en España, no puede modificarse ningún efecto vinculado a la misma. Es cierto que si la decisión procede de un Estado miembro del Protocolo de La Haya de 2007¹³ no sería preciso el trámite de ejecución, cabría la posibilidad de obtener un reconocimiento automático e incidental (art. 23.3º Bruselas III) de la misma. Al igual que sucede en la Ley 29/2015 de cooperación judicial internacional en materia civil (en adelante, LCJIMC¹⁴) cuando afirmar que: “*Una resolución extranjera podrá ser modificada por los órganos jurisdiccionales españoles siempre que hubiera obtenido previamente su reconocimiento por vía principal o incidental con arreglo a las disposiciones de este título (art. 45.1º)*”. El reconocimiento automático constituye una solución ideal, pues permite respetar los deseos de las partes que únicamente pretenden modificar los efectos de la sentencia y no ejecutar el conjunto de la misma, además, de conseguiría la armonía de soluciones. Por último, se evitaría un procedimiento excesivamente largo que puede perjudicar los intereses de las partes.

Reglamento núm. 4/2009 determina la competencia internacional y territorial de los órganos jurisdiccionales competentes para conocer de los litigios transfronterizos relativos a los créditos alimenticios, incumbe únicamente a los Estados miembros, en el marco de su organización jurisdiccional, identificar el órgano jurisdiccional concretamente competente para resolver tales litigios y definir la competencia territorial de los órganos jurisdiccionales del lugar de residencia habitual del acreedor en el sentido del artículo 3, letra b), del Reglamento núm. 4/2009”.

¹² M.Á. MICHINEL ÁLVAREZ, “La sentencia extranjera ante el cambio de circunstancias (con especial referencia a la condena de prestación periódica de alimentos)”, *REDI*, vol. 54, 2, 2002, pp. 641-668.

¹³ Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias. 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).

¹⁴ *BOE* núm. 182, de 31 de julio de 2015. L. CARBALLO PIÑEIRO, “Competencia judicial internacional y modificación de prestaciones de continuada: más allá de la STC 61/2000”, *AEDIPr*: t, I, 2001, pp. 463-482

15. El problema está en saber si la resolución extranjera a modificar no fuese reconocible, nada parece impedir, en principio que la pretensión inicial de modificación se plantee, como apunta M.A. Michinel Álvarez, como si de un proceso completamente nuevo se tratase, siempre ello fuera factible¹⁵. En este sentido, cabe tener en cuenta los límites del art. 8 del Reglamento Bruselas III establece. A tales efectos, dispone que, si se ha dictado una resolución en el Estado miembro o en el Estado parte del Convenio de La Haya de 2007 en el que el acreedor tiene su residencia habitual, el deudor no podrá iniciar en ningún otro Estado miembro un procedimiento para que se modifique la resolución o se adopte una nueva mientras el acreedor continúe residiendo habitualmente en el Estado en que se dictó la resolución, salvo cuando: a) las partes hayan aceptado con arreglo al art. 4 la competencia de los órganos jurisdiccionales de ese otro Estado miembro; b) el acreedor se someta a la competencia de los órganos jurisdiccionales de ese otro Estado miembro en virtud del art. 5; c) la autoridad competente del Estado de origen parte del Convenio de La Haya de 2007 no pueda o no quiera ejercer su competencia para modificar la resolución o dictar una nueva, o d) la resolución dictada en el Estado de origen parte del Convenio de La Haya de 2007 no pueda ser reconocida o declarada ejecutiva en el Estado miembro en el que se esté considerando la posibilidad de un procedimiento para modificar la resolución o dictar una nueva.

De esta manera se garantiza que el deudor solo puede iniciar un procedimiento para que se modifique una resolución alimenticia existente o para obtener una nueva resolución en el Estado en el que el acreedor tenía su residencia habitual cuando se dictó la resolución en el que siga residiendo habitualmente.

Ahora bien, lo que no está claro es saber cuál es – una vez reconocida la decisión – la ley aplicable a la modificación de dicha decisión, puesto que en la doctrina más autorizada se contabilizan hasta cuatro teorías¹⁶. En último lugar, procedería, y una vez comprobado que la sentencia extranjera cumple las condiciones de modificabilidad, la modificación del pronunciamiento contenido en dicha decisión, según lo que disponga la ley rectora de la materia que se trata, a partir del sistema de normas de Derecho aplicable del foro y no según la ley aplicada por el juez de origen. Esta ley determinará, entre otros aspectos, el carácter retroactivo o irretroactivo de la modificación¹⁷.

IV. Conclusiones

16. Analizando la decisión objeto de comentario, resulta obvio las dificultades que, hoy por hoy, tienen algunos Tribunales españoles para comprender los conceptos más básicos de nuestra disciplina, como así sucede con la diferencia que existe entre competencia judicial internacional y la interna. Igualmente, evidencia que la existencia de una pluralidad de fuentes dificulta en gran medida la labor de todos los profesionales del Derecho, incluidos los Jueces y Magistrados. Por este motivo, es fundamental el buen manejo de los conceptos más básicos de nuestra disciplina, así como de la normativa aplicable en orden a evitar planteamientos erróneos, como los cometidos tanto por el Juez de Primera Instancia como el de apelación.

17. Además, nos permite concluir que la normativa vigente en España sobre competencia judicial internacional en materia de alimentos, esto es, el Reglamento Bruselas III garantiza la mayoría de las veces la competencia de nuestros tribunales para conocer de las demandas de modificación de resoluciones judiciales sobre alimentos. Sin embargo, es deficitaria a efectos de fundamentar la competencia de nuestros tribunales en situaciones concretas, como así sucede en los casos en los que el deudor con residencia en España es quien solicita la modificación de la resolución teniendo el acreedor su residencia en el extranjero. Es cierto que el Reglamento contempla otros foros de competencia (sumisión de las

¹⁵ *Id.*, *El Derecho Internacional privado...*, *op.cit.*, pp. 156-157.

¹⁶ M.Á. MICHINEL ÁLVAREZ, “Un nuevo ejemplo de Derecho internacional privado comunitario: El Reglamento (CE) 4/2009, con especial referencia a los límites de los procedimientos”, *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas, Instituto Superior de Contabilidade e AdministraÇcao do Porto*, nº 15, 2009, pp. 213.

¹⁷ S. ÁLVAREZ GÓNZÁLEZ, *Crisis matrimoniales internacionales y prestaciones alimenticias entre cónyuges*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 221.222

partes, nacionalidad común de las partes y el foro de necesidad), pero queda por saber, ¿qué sucedería en los casos en que no resulta operativo ninguno de ellos? El problema se podría solventar sustituyendo en el primero de los foros del art. 3 el término “demandado” por el “deudor”. De este modo se aseguraría de manera definitiva la competencia de los tribunales españoles para conocer de acciones de modificación también es este tipo de situaciones.

18. Sentada la competencia judicial internacional de las autoridades españolas para conocer de una eventual acción de modificación de una resolución judicial sobre alimentos, es preciso determinar la competencia interna. Pues bien, es preciso subrayar que los criterios de competencia fijados en los arts. 3 a 7 del Reglamento Bruselas III no solo están llamados a actuar como criterios de competencia judicial internacional, sino también como criterios de competencia interna, sustituyendo de este modo a los criterios previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

19. En este punto, conviene recordar que la modificación de los pronunciamientos fijados en una resolución judicial es una posibilidad prevista en nuestro ordenamiento con carácter general para las decisiones en materia alimenticia. Ahora bien, cuando dicho pronunciamiento está contenido en una resolución judicial extranjera, es preciso afirmar la eficacia positiva o vinculante de la misma en nuestro país, por lo que su reconocimiento resulta fundamental. Resulta innegable que la posibilidad de obtener el reconocimiento automático supone un beneficio no solo para las partes, sino también para la armonía de soluciones. Aunque, la posibilidad de obtenerlo depende de la norma que resulte aplicable a su reconocimiento. Con todo, si la resolución extranjera a modificar no fuese reconocible nada parece impedir, salvo los límites establecidos en el art 8 del Reglamento Bruselas III, que la pretensión de modificación se plantee como si de un proceso completamente nuevo se tratase, ignorando la existencia de una resolución extranjera.

Elección tácita de ley aplicable contraria a pacto expreso
previo en el contrato - A propósito de la SAP de Barcelona
756/2023 de 19 de mayo de 2023

Implied choice of law agreement in international contracts
against a previous express agreement - Regarding the
Provincial Court of Barcelona (SAP Barcelona) resolution
756/2023 of 19th of May 2023

XABIER ORBEGOZO MIGUEL

*Profesor ayudante de Derecho internacional privado
Universidad Pública de Navarra*

ORCID ID: 0000-0002-9697-6467

Recibido: 15.12.2023 / Aceptado: 17.01.2014

DOI: 10.20318/cdt.2024.8451

Resumen: El presente trabajo parte del análisis de una resolución de la AP de Barcelona referida a un contrato de compraventa de participaciones de una sociedad constituida en Rumanía entre personas con residencia habitual en España. Dicho contrato contenía una cláusula de elección de foro a favor de los tribunales rumanos, eligiéndose la legislación del mismo Estado para regir el contrato. Obtenida una primera resolución desfavorable en Rumanía la demandante demanda en España para obtener la nulidad del contrato. Tanto la demanda como la contestación se fundamentan en Derecho español. Analizaremos la competencia de los tribunales españoles, la posibilidad de aplicar un Derecho que no es el previsto en el contrato por acuerdo tácito posterior y las eventuales dificultades para reconocer esta sentencia española en Rumanía.

Palabras clave: Contrato internacional, autonomía de la voluntad conflictual, elección tácita de ley aplicable, Reglamento Roma I, Reglamento Bruselas I-bis.

Abstract: This paper is based on the analysis of a resolution of the Provincial Court of Barcelona referring to a contract for the sale of shares of a company incorporated in Romania between persons with habitual residence in Spain. That contract contained a choice of court agreement in favour of the Romanian courts, the law of the same State being chosen to govern the contract. Having obtained a first unfavourable decision in Romania, the plaintiff sued in Spain. This claim, which seeks the nullity of the contract, is based on Spanish law. We will analyse, on the one hand, the competence of the Spanish courts in this case, the possibility of applying a law that is not the one provided for in the contract and the possible difficulties in recognising this Spanish judgment in Romania.

Keywords: International contract, party autonomy, implied choice of law, Rome I Regulation, Brussels I Regulation-recast.

Sumario: I. Antecedentes del caso. 1. Hechos relevantes e iter procesal en Rumanía. A) El contrato de compraventa de participaciones controvertido. B) Inscripción de la compraventa en Rumanía - oposición de la heredera. 2. Demanda posterior en España. II. Competencia de los tribunales

españoles. III. Cosa juzgada internacional por la existencia de previa resolución judicial rumana. IV. Derecho aplicable al contrato celebrado en Rumanía. 1. Ley aplicable al caso - Reglamento Roma I – Ámbito de aplicación del Reglamento. A) La tesis del elemento extranjero. 2. Ley aplicable al contrato – Artículo 3 - autonomía de la voluntad como principio fundamental del Reglamento. 3. Obviando el pacto previo - la “elección tácita” de ley aplicable. A) Elección de foro como indicador de elección de ley aplicable. V. Conclusión.

I. Antecedentes del caso

1. Hechos relevantes e *iter procesal* en Rumanía

1. Antes de entrar en las cuestiones relacionadas con la disciplina del Derecho internacional privado presentes en el caso es obligada una previa aproximación a los elementos fáctico-jurídicos del mismo que servirá, además, como hilo conductor del presente trabajo. La sentencia comentada relata una sucesión de actos jurídicos -en forma de, por un lado, diferentes testamentos de un mismo testador en un margen de pocos años y otros atinentes a la posición de este en una sociedad coparticipada constituida en Rumanía- cuestiones que cobran especial relevancia al fallecimiento del testador y socio de la misma.

2. En abril del año 2002 dos ciudadanos españoles -“Guadalupe” y “Patricio”- constituyen, participando al 50%, una sociedad en Rumanía, constando ambos como administradores de esta. 10 años más tarde, afectado según se desprende del texto de la sentencia, de alguna enfermedad que compromete seriamente su vida, “Patricio” otorga diferentes escrituras ante notario.

3. Por un lado, otorga un Poder especial a favor de su socia “Guadalupe” y la hija de esta, para que esta pudiera vender sus participaciones de la sociedad y ejercitar todos los derechos y obligaciones como socio. Asimismo, otorga poder a su mujer “Florinda” para que esta pudiera administrar sus bienes y sus cuentas bancarias. Otorga, además, testamento abierto para instituir herederos por partes iguales a su esposa y a los hijos que pudiese tener en el futuro, sustituyéndolos en caso de premoriencia de todos ellos por Guadalupe y Rosario, por partes iguales.

4. Establece, además, varios legados, entre los que destaca el que establece a favor de su socia por “la totalidad de las acciones que le pertenecen en las sociedades mercantiles o comerciales de responsabilidad limitada de las que es socio”.

A) El contrato de compraventa de participaciones controvertido

5. Poco después, y con aparente empeoramiento de su estado de salud, suscribe con su socia un contrato de compraventa -ante notario en Rumanía- en virtud del cual transmite a “Guadalupe” el derecho de propiedad sobre sus participaciones sociales -el 50%- de la sociedad mercantil que compartirían por un precio casi simbólico de 16000 euros -siendo una sociedad con una facturación anual muy superior-. La compraventa queda, sin embargo, sin ser ejecutada, hasta que la preceptiva inscripción en el Registro Mercantil rumano se materializa 4 años más tarde. Los problemas de salud de “Patricio” justifican, aparentemente, todos estos movimientos.

6. En el año 2017, poco antes de fallecer, “Guadalupe” -la socia- y “Patricio” se reúnen en asamblea general y acuerdan la ejecución del contrato de compraventa de participaciones referido y su inscripción. A consecuencia de dicha compraventa “Patricio” pierde su cualidad de socio y desiste de sus responsabilidades como administrador de la mercantil. Al poco tiempo fallece dejando a su esposa y heredera desprovista de la participación en la sociedad que le habría correspondido de no ser por la citada compraventa.

B) Inscripción de la compraventa en Rumanía - oposición de la heredera

7. Ese mismo día, se presenta ante el Registro Mercantil en Rumanía la solicitud para la inscripción del contrato, inscripción a la que se opone la esposa del fallecido, y heredera perjudicada por la compraventa. Dicha oposición se sustancia ante los tribunales rumanos. A efectos del análisis posterior, cabe señalar que la demandante se opone a la decisión de la junta general de inscripción del contrato en el Registro mercantil -y ejecución de facto del mismo-, no dirigiendo su demanda contra la validez del propio contrato -como sí hará en España-.

8. La demanda es estimada en primera instancia, y en 2019 se declara la nulidad de la decisión de la Junta General de socios celebrada en 2017 y la correspondiente cancelación de la inscripción en el Registro Mercantil. Sin embargo, la Corte de Apelación de Bucarest revoca la sentencia de instancia -julio de 2020- y rechaza la acción de la Sra. Florinda por “no fundamentada”. En esta situación la demandante decide iniciar un nuevo procedimiento en España.

2. Demanda posterior en España

9. Así las cosas, el procedimiento en España se sustancia a través de demanda de juicio ordinario de “Florinda” -esposa- contra “Guadalupe” -socia- solicitando la nulidad de la compraventa por tratarse a su entender de una “simulación absoluta”¹. En este caso carga contra la propia validez del contrato. Argumenta la demandante que su esposo nunca quiso desprenderse de las participaciones sino “únicamente ordenar su sucesión en cuanto a su participación en la sociedad sin coste fiscal para su socia Guadalupe, y únicamente para el caso de haber fallecido en la operación de trasplante de hígado a la que fue sometido en 2013”. Alega por tanto que el contrato estaba condicionado al fallecimiento de “Patricio” en la citada operación, quedando sin efecto en caso de supervivencia. Considera que nos encontramos ante un contrato nulo, por tratarse de una compraventa simulada.

10. El argumentario central para justificar esta supuesta “simulación” sería la consideración de “precio vil” por la que se venden las participaciones -poco más de 16000 euros por el 50% de una sociedad con beneficios superiores al millón de euros anuales-. Tanto es así que Patricio, al sobrevivir a su operación, continúa ejerciendo de administrador y socio propietario de las acciones en los cuatro años que se tardó en inscribir la compraventa -fallecido ya “Patricio”-.

11. En primera instancia² se desestima la demanda al concluirse que “no se ha acreditado que el contrato de compraventa de 20 de noviembre de 2013 fuera un contrato simulado, sino que simplemente se trató de un contrato de compraventa en el que se fijó un precio muy bajo por cada una de las participaciones sociales (...) para evitar el pago de impuestos elevados, y que posteriormente se intentó solventar otorgando un codicilo con el precio real “. La sentencia es recurrida por la demandante “Florinda” y, aunque irrelevante a efectos del presente estudio, el recurso será igualmente desestimado.

12. Procederemos, a continuación, a analizar las derivadas de Derecho conflictual que subyacen en un caso en el que confluyen partes con residencia habitual en España que demandan en España respecto de una compañía constituida de acuerdo con el Derecho de otro Estado miembro y un contrato de compraventa de participaciones sociales celebrado en ese mismo lugar -que incluía una cláusula de elección de foro a favor de los tribunales rumanos y elegía el Derecho de este mismo país como ley rectora del contrato. Por si esto fuera poco debemos introducir como “elemento distorsionador” la existencia de una resolución previa en Rumanía entre las mismas partes.

¹ Sentencia analizada, FD 2º.

² En primera instancia: Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Sant Feliu de Llobregat.

II. Competencia de los tribunales españoles

13. Si bien la argumentación contenida en la resolución repara esencialmente en cuestiones sobre ley aplicable, la primera y fundamental cuestión ante un caso como el presente siempre será la de la determinación de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en una controversia cuya única vinculación con España es el domicilio/nacionalidad de las partes. La propia sentencia³ alude a la demanda presentada en España obviando la cláusula de sumisión a los tribunales rumanos contenida en el contrato y a la justificación -sobre la que no da más detalles- de traer la demanda a España. La existencia de la cláusula de elección de foro a favor de los tribunales rumanos nos invita a analizar algunas cuestiones.

14. La competencia judicial internacional de los tribunales españoles en un caso como el presente -que implica a dos estados miembros⁴ estará determinada por el Reglamento 1215/2012 “Bruselas I-bis” o “RBI-bis”⁵ que en este supuesto concreto establecería la competencia de los tribunales rumanos por cuanto -ex art. 7.1.a- este sería el “órgano jurisdiccional del lugar en el que se haya cumplido o deba cumplirse la obligación que sirva de base a la demanda”. Siendo claro que la “obligación que sirve de base a la demanda” es la de la transferencia de participaciones de una sociedad constituida en Rumania, no albergamos dudas sobre la competencia de los órganos jurisdiccionales rumanos.

15. A mayor abundamiento, como indica la sentencia, el contrato controvertido incluía una cláusula de elección de foro a favor de los tribunales rumanos, por lo que -ex art. 25, prórroga expresa de la competencia- la competencia de estos estaría doblemente garantizada y solo decaería en dos supuestos. Prevalecerían sobre esta elección expresa la competencia derivada de las materias sujetas a competencia exclusivas del artículo 24⁶ o ante una “prórroga tácita de la competencia” del artículo 26⁷ -operando las competencias exclusivas del artículo 24 como límite también en este caso-.

16. Esta sería la única vía por la que los tribunales españoles pueden atribuirse competencia en este caso. A pesar del acuerdo de elección de foro contenido en el contrato, la presentación de la demanda en España y su contestación -sin que esa contestación sirva para hacer valer el acuerdo de elección de foro en forma de declinatoria de jurisdicción- supone, un acuerdo implícito para atribuir competencia a los tribunales españoles.

III. Cosa juzgada internacional por la existencia de previa resolución judicial rumana

17. Relacionado estrechamente con la competencia judicial española subyace en este punto la compatibilidad del procedimiento iniciado en España con el concluido ya en Rumanía. Recordemos que la demandante pretendió en origen anular el acuerdo de la junta de la mercantil para la ejecución del contrato de compraventa⁸, lo que, *stricto sensu*, difiere del objeto de la demanda en España, que se

³ Sentencia analizada, FD 3º.

⁴ Rumanía ostenta la categoría de Estado miembro desde el 1 de enero de 2007.

⁵ Reglamento (UE) no 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

⁶ Concretamente: Derechos reales inmobiliarios y arrendamiento de bienes inmuebles; validez, nulidad o disolución de sociedades o personas jurídicas; validez de inscripciones en registros públicos; inscripción o validez de patentes o marcas; ejecución de resoluciones judiciales. Aunque el contrato se refiera a cuestiones sociales, no estamos en ninguno de los presentes supuestos.

⁷ Sobre este particular, entre otros: M. A. CEBRIÁN SALVAT, “EL TJUE y el Reglamento Bruselas I-bis: la sumisión expresa y tácita de las partes”, *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Derecho Internacional Privado*, coord. por A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2021, págs. 115-140; N. MARCHAL ESCALONA, “Sobre la sumisión tácita en el reglamento de Bruselas I bis”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, N.º. 13, 2013, págs. 147-170; J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Posible nueva interpretación del foro de sumisión tácita del Reglamento Bruselas I bis”, *Estudios sobre Jurisprudencia Europea: materiales del V Encuentro anual del Centro español del European Law Institute* / coord. por M. LUBOMIRA KUBICA; A. RUDA GONZÁLEZ (DIR.) / C. JEREZ DELGADO (DIR.), 2021, pp. 680-695.

⁸ Vid supra en antecedentes.

refiere al propio contrato de compraventa y a su potencial nulidad. Con todo, si los tribunales españoles estimaran la demanda -considerando nula la compraventa- esta resolución podría entrar en contradicción con la que confirmaba la inscripción de la compraventa en el registro rumano.

18. Aunque nada estime el tribunal español sobre este particular, cabría plantearse si no estaríamos ante un supuesto de *res iudicata* internacional que tendría, alternativamente, dos consecuencias. Por un lado, podría cerrar la puerta a una nueva acción en España⁹, lo que concluiría con el procedimiento definitivamente.

Si este no fuera el caso -y no lo es en el supuesto estudiado- y los tribunales españoles se pronunciaran sobre la cuestión, podría generarse algún problema en la siguiente fase, que sería la del reconocimiento de la sentencia en Rumanía. Recordemos que, a las partes, especialmente a la demandante, le interesa que el negocio -la compraventa-, celebrado en Rumanía quede sin efecto. El reconocimiento de una eventual sentencia estimatoria a las pretensiones de la demandada haría nula la compraventa. Si esto fuera así -aunque la Audiencia, a la espera de un eventual recurso, desestima la apelación- cabría plantearse la aplicación del artículo 45.1.c del RBI-bis, que recoge expresamente la posibilidad de denegación de reconocimiento cuando la resolución a reconocer fuera “inconciliable con una resolución dictada entre las mismas partes en el Estado miembro requerido”. Por lo tanto, la demandada, si viera peligrar la validez del contrato tendría -si bien afirmamos esto con todas las cautelas y sin detalles del procedimiento en origen- esta posibilidad de cara a hacer valer su derecho.

IV. Derecho aplicable al contrato celebrado en Rumanía

1. Ley aplicable al caso - Reglamento Roma I - Ámbito de aplicación del Reglamento¹⁰

19. El contrato controvertido -de 20 de noviembre de 2013- es un contrato otorgado en Rumanía ante notario del mismo estado, cuyo objeto era la compraventa de participaciones sociales de una sociedad de capital constituida en Rumanía de acuerdo con su Derecho.

20. En España, la norma que preferentemente aplicarán los jueces en conflictos que no sean meramente internos para determinar la ley que se aplicará al fondo del litigio será el Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales¹¹. Dicho texto -art. 1- se aplica a obligaciones contractuales en materia civil y mercantil “en situaciones que impliquen un conflicto de leyes”. El presente supuesto tampoco se encuentra dentro de los supuestos de exclusión del artículo 1.2.

21. Cabe acotar el ámbito de aplicación en lo referente al “carácter internacional” del contrato para determinar si efectivamente debemos recurrir a este texto al tratarse de un caso en el que la totalidad de los elementos -no personales- se encuentran en un mismo Estado -Rumanía-. ¿Bastará el hecho de

⁹ En un caso de divorcio el TS español, en presencia de una resolución extranjera, establecía claramente la diferencia entre litispendencia y cosa juzgada, que erróneamente se argumentaban por las partes. Así, existiendo un procedimiento ya finalizado en otro estado no existe litispendencia, como en el caso objeto del presente trabajo, sino cosa juzgada, cerrando la posibilidad de litigar en España. Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2015 (5153/2015), comentada por A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ en “Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2015 (5153/2015): Vinculación de Los Tribunales Civiles a Las Sentencias Dictadas Por Tribunales Extranjeros. Cosa Juzgada Internacional. Repetición Del Pleito Terminado En El Extranjero. Rebeldía a La Fuerza Del Demandado En El Proceso Extranjero.” *Comentarios a Las Sentencias de Unificación de Doctrina: Civil y Mercantil*, Volumen 7, 2015, ed. M. YZQUIERDO TOLSADA/ J.M. DÍAZ FRAILE, 1ª ed., Dykinson., 2017, pp. 381–92. JSTOR, <https://doi.org/10.2307/j.ctt1zgb3dt.26>.

¹⁰ Vid. entre otros: J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales en el Reglamento Roma I*, COLEX, Madrid, 2009; A. CALVO CARAVACA, “El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas”, *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 1, Nº. 2, 2009, págs. 52-133; U. MAGNUS/P. MANKOWSKI, *Rome I Regulation – Commentary, Volume 2*, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2017. <https://doi.org/10.9785/9783504384814>.

¹¹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008R0593&from=EN>

que las partes en conflicto tengan nacionalidad-residencia habitual en otro Estado para poder aplicar el Reglamento?

22. Sobre este particular la doctrina acepta mayoritariamente la tesis del elemento extranjero al interpretar “situaciones que impliquen un conflicto de leyes”.

A) La tesis del elemento extranjero

23. Las situaciones descritas por el artículo 1 han sido tradicionalmente interpretadas de manera bastante amplia, considerando que deberá aplicarse el Reglamento cuando exista un “elemento extranjero” de cualquier tipo, independientemente de la relevancia de este, si su existencia conlleva que se generen dudas sobre la ley que regirá el contrato. En el presente supuesto, existe un elemento extranjero evidente, puesto que a pesar de que elementos centrales del contrato, el domicilio de la sociedad y el Derecho conforme al cual se crea, se encuentran en el mismo estado, el elemento personal del contrato, las partes, no ostentan la misma nacionalidad que el resto de los elementos.

24. Adicionalmente, el Reglamento permite la internacionalización de un contrato cuyos elementos estén asociados a un mismo Estado a través de la elección de ley aplicable acordada por las partes. Es decir, si las partes -de un país determinado-, en un contrato vinculado exclusivamente en todo con ese mismo Estado, eligen la ley de un tercer Estado como rectora del contrato estarán internacionalizando el contrato. En este caso, no obstante, la elección estará condicionada a través de la denominada “cláusula antifraude” de los artículos 3.3. (cláusula antifraude nacional) y 3.4. (cláusula antifraude europea), no pudiendo obviarse las disposiciones imperativas del Estado con el que guarde relación el contrato (o con el Derecho europeo, en el segundo caso)¹².

25. En este caso, no obstante, la nacionalidad/domicilio en España de las partes bastaría para introducir un componente de internacionalidad en el caso. Se trata, como sabemos, de partes españolas haciendo negocios en Rumanía que además incorporan una cláusula de elección de Derecho rumano en el contrato de compraventa.

2. Ley aplicable al contrato – Artículo 3 - autonomía de la voluntad como principio fundamental del Reglamento

26. En el caso objeto del presente estudio las partes incorporan en el contrato la siguiente cláusula: “El presente contrato será registrado e interpretado según la legislación rumana”. Eligen, por tanto, de manera expresa la legislación rumana para regir el contrato de compraventa de participaciones.

27. En ejercicio de su autonomía conflictual las partes se acogen a lo establecido en el Reglamento Roma I, que en su artículo 3 indica que, de manera preferente, el “contrato se regirá por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. (...)”. En este caso, de acuerdo con lo indicado en el punto anterior, pocas dudas albergamos sobre el carácter expreso de la elección.

¹² “3. Cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación estén localizados en el momento de la elección en un país distinto de aquel cuya ley se elige, la elección de las partes no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de ese otro país que no puedan excluirse mediante acuerdo.

“4. Cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación en el momento de la elección se encuentren localizados en uno o varios Estados miembros, la elección por las partes de una ley que no sea la de un Estado miembro se entenderá sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del Derecho comunitario, en su caso, tal como se apliquen en el Estado miembro del foro, que no puedan excluirse mediante acuerdo.”

28. No obstante, la demandante, al interponer la demanda en España, lo hace basándose en las disposiciones aplicables del Código Civil español, eligiendo por tanto la legislación española en contra del pacto expreso.

3. Obviando el pacto previo - la “elección tácita” de ley aplicable

29. A pesar de la claridad de la elección de foro/ley aplicable indicada, la demanda formulada en España se basa en Derecho español, obviando por completo la cláusula. Concretamente se refiere, exclusivamente, a la regulación sobre contratos contenida en nuestro Código Civil para defender la supuesta simulación.

30. En este punto es clave la actuación de la contraparte, que podría haber hecho valer la cláusula contractual. Sin embargo, la demandada -también española- tampoco se remite al acuerdo ni a la legislación rumana, contestando a la demanda de acuerdo con la legislación española y aplica directamente el Código Civil. De manera análoga a lo que ocurría con la prórroga tácita de la competencia se está produciendo una elección tácita de la ley aplicable, situación no ignorada por el Reglamento¹³.

31. En efecto, el momento de elección de la ley aplicable al contrato no queda limitado al momento de la conclusión de este. Aunque lo ortodoxo será acordar estas cuestiones en el mismo contrato¹⁴ y respetar dicho pacto -ya que se entiende se ha hecho respondiendo al interés de las partes que libremente lo acuerdan-, el artículo 3 del Roma I, apartado segundo, indica que “las partes podrán, en cualquier momento, convenir que el contrato se rija por una ley distinta de la que lo regía con anterioridad (...)”. Nada impide esta elección posterior incluso en los supuestos en los que la elección previa, como en el presente caso, fuera expresa, y la posterior implícita¹⁵.

32. Respecto de la forma que puede adoptar esta designación, esta podrá ser, naturalmente, expresa -mediante un nuevo acuerdo a tal efecto que modifique el anterior – o implícita -derivándose de las “circunstancias del caso”¹⁶. Cabe por tanto la posibilidad de un acuerdo tácito de elección de ley¹⁷, materializándose habitualmente¹⁸ a través de la propia presentación de la demanda en base a la legislación del foro y la contestación referida a ese mismo texto¹⁹. Aceptan ambas partes la aplicación al contrato de la legislación española, lo que constituye una manifestación inequívoca de su voluntad respaldada por el Reglamento, en coherencia con la posibilidad ofrecida en el ámbito de la competencia judicial internacional por el Reglamento Bruselas I-bis²⁰.

33. La mera alegación del Derecho extranjero por parte de la demandante operaría, por tanto, como indicio claro de la voluntad²¹ de someterse a dicha legislación. Esta opción cuenta con pleno respaldo por parte de la jurisprudencia española. En una resolución de 2004, la AP de Barcelona²² ya

¹³ En el ámbito del Derecho sucesorio, sobre esta misma posibilidad vid. E. CASTELLANOS RUIZ, “La elección implícita de ley en el Reglamento europeo de sucesiones”, *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, Nº 50, 2019.

¹⁴ E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Comares, Granada, 2009, p. 107.

¹⁵ H. AGUILAR GRIEDER, “Alcance de los controvertidos Artículos 3 y 4 del Reglamento (CE) núm. 593/2008: perspectiva de lege lata y propuestas de lege ferenda”, *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 6, Nº. 1, 2014, pp. 45-67, p. 50.

¹⁶ Art. 3.1 Reglamento Roma I

¹⁷ Cuestión tratada monográficamente en M. PENADÉS FONTS, *Elección tácita de Ley en los contratos internacionales*, Aranzadi, Pamplona, 2012.

¹⁸ A. CALVO CARAVACA, “El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones...” op. cit. p. 83.

¹⁹ Nada impide -ibid. p. 84 citando jurisprudencia- sin embargo, que se fundamenten las pretensiones en la legislación de un tercer estado.

²⁰ Con el que se aprecia una “coherencia valorativa”, vid. H. AGUILAR GRIEDER, “Alcance de los controvertidos...”, op. cit., p. 48.

²¹ Si bien es una suposición que puede ser equivocada, no pudiendo descartarse un error a la hora de preparar la demanda.

²² SAP Barcelona de 3 de marzo de 2004, 2740/2004 - ECLI:ES:APB:2004:2740. Criterio no cuestionado en casación por el TS en la STS 6454/2008 - ECLI:ES:TS:2008:6454.

admitió esta posibilidad en un caso el que las partes aplican Derecho colombiano. Aludiendo en este caso al artículo 3 del Convenio de Roma -predecesor del actual Reglamento- la Audiencia afirmaba que la voluntad de las partes se habría manifestado en el procedimiento “habida cuenta del consenso manifestado en el acto de la Audiencia Previa” en el que el juez de instancia recoge que existió “conformidad de ambas partes..., en cuanto a la aplicación del Derecho Colombiano”²³.

34. Aunque el caso objeto de estudio la actuación procesal de las partes resulta suficiente para demostrar su voluntad, en ocasiones la voluntad implícita de las partes podrá inferirse de elementos más sutiles -no enumerados en ningún caso en los textos legislativos²⁴-. Numerosos indicios, desde los más básicos como el idioma, el lugar de residencia habitual de las partes o el lugar de celebración/cumplimiento del contrato, pueden constituir elementos de cierto peso, sin que, en ningún caso puedan ser considerados aisladamente para argumentar la aplicabilidad de un Derecho nacional determinado. Al margen de estos, destaca para el estudio jurídico el controvertido papel del acuerdo de elección de foro -sin elección de ley aplicable- como indicador de la voluntad de las partes.

A) Elección de foro como indicador de elección de ley aplicable

35. En los casos en los que las partes introducen una cláusula de elección de foro a favor de tribunales concretos sin existir la correspondiente cláusula referente a la ley aplicable²⁵, ¿debe entenderse que la elección de foro implica también la elección de esa misma legislación sobre el fondo?

36. Si bien la naturaleza del presente trabajo no permite una exhaustiva revisión de la cuestión, debe señalarse el interés doctrinal²⁶ en torno a esta posibilidad, no aclarada expresamente en los textos legislativos aplicables. Concretamente, el Reglamento Roma I se limita a indicar en su exposición de motivos -considerando 12- que “un acuerdo entre las partes para conferir a uno o más órganos jurisdiccionales de un Estado miembro jurisdicción exclusiva para resolver los litigios ligados a un contrato es uno de los factores que deben tenerse en cuenta a la hora de determinar si la elección de la ley se desprende claramente de los términos del contrato.”

37. Dada la débil aportación legislativa, el debate giraría en torno a si la elección de *forum* -sin determinación del *ius*- debe ser tenida en cuenta siquiera como indicio²⁷ de la voluntad de las partes en aras a determinar la ley aplicable o si, por el contrario, la no determinación de ley aplicable de manera expresa debe ser entendida como una deliberada acción de las partes que, precisamente, no prevén la aplicación de la misma legislación²⁸, dado que los reglamentos Bruselas y Roma tienen ámbitos de aplicación diferentes. Algunos lamentan la oportunidad perdida en la elaboración del Roma I para introducir una regulación de ambos textos en relación con esta cuestión²⁹.

²³ SAP Barcelona, cit., FD 3º.

²⁴ Siquiera como guía sobre la cuestión: M. GIULIANO Y P. LAGARDE, “Informe relativo al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales”, DOCE, de 11 de diciembre de 1992, núm. C 327/1, págs. 15-16.

²⁵ Lo ortodoxo sería, desde luego, que la cláusula que incluya la elección de foro se refiera igualmente a la ley aplicable, así se contempla en la totalidad de los contratos modelo de las principales instituciones internacionales, pero nada impide hacer una mera referencia al foro, quedando a expensas de la legislación de Derecho internacional privado pertinente la determinación de la ley aplicable en ausencia de elección.

²⁶ C. S., ADESINA OKOLI, “The significance of a forum selection agreement as an indicator of the implied choice of law in international contracts: a global comparative perspective”, *Uniform Law Review*, Oxford, 2023, 00, 1–29. <https://doi.org/10.1093/ulr/unad016>; M. PENADÉS FONTS, *Elección tácita...*, op.cit.

²⁷ De esta opinión C. S., ADESINA OKOLI, “The significance of a forum selection...”, op. cit. y M. PENADÉS FONTS, *Elección tácita...*, op.cit. pps. 115-141.

²⁸ H. AGUILAR GRIEDER, “Alcance de los controvertidos...”, op. cit. p. 49, rechaza otorgar gran peso al acuerdo de elección de foro a la hora de considerar una elección de ley puesto que ambos textos “ambos reglamentan ámbitos diferentes” y a esos ámbitos debe limitarse su aplicación. Por ello, sigue la autora “la elección por las partes del contrato internacional de un tribunal estatal, para que conozca del co-rrespondiente litigio, no conlleva en modo alguno la voluntad de dichas partes de someterse a la ley del Estado en el cual dicho tribunal ejerce su jurisdicción”.

²⁹ A. CALVO CARAVACA, “El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones...” op. cit. pág. 133

V. Conclusión

38. En definitiva, de acuerdo con los argumentos expuestos y al margen de las consideraciones sobre el fondo que hace el tribunal sentenciador, las partes en el presente litigio obvian el pacto contenido en el contrato controvertido según el cual debían someter sus controversias a la justicia rumana y de acuerdo con su legislación, planteando en caso en España. Siendo clara la posibilidad de proceder de este modo, así se recoge en las disposiciones comentadas, en este caso la decisión puede responder además a motivos de eficiencia -principio rector de las normas de Derecho privado³⁰- o economía procesal. Subsiste, con todo, una cuestión importante.

39. Una eventual resolución estimatoria a las pretensiones de la demandante en España -desestimadas en la sentencia comentada-, aunque esta no comparta exactamente la misma causa con el procedimiento seguido en nuestro país, podría ofrecer resultados contradictorios con aquella, lo que impediría o al menos dificultaría su reconocimiento/ejecución en dicho país.

³⁰ Ibid. p. 132.

La acción de reembolso ejercitada por una aseguradora se rige por la ley del lugar donde se ha producido el daño (comentario a la STJUE de 17 de mayo de 2023)

The reimbursement action brought by an insurer is governed by the law of the place where the damage occurred (commentary on the ECJ judgement of May 12.2023)

ALFONSO ORTEGA GIMÉNEZ

*Profesor Titular de Derecho internacional privado
Universidad Miguel Hernández de Elche*

ORCID ID: 0000-0002-8313-2070

Recibido: 01.12.2023 / Aceptado: 17.01.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8452

Resumen: El Tribunal de Justicia de la Unión Europea recientemente ha dictado una Sentencia en la que se pronuncia sobre la ley que se aplica en las acciones de reembolso por daños causados en un contexto internacional. Esta Sentencia, de fecha de 17 de mayo de 2023, concluye que una acción de reembolso ejercitada por una aseguradora, que ha abonado una determinada cantidad a una víctima de un accidente, contra el responsable del daño (o su aseguradora) se rige por la ley del lugar donde se ha producido el daño. Esta misma será la que determine, asimismo, el plazo de prescripción.

Palabras clave: acción de reembolso; daño; aseguradora; plazo de prescripción.

Abstract: The Court of Justice of the European Union has recently handed down a judgment, dated 17 May 2023, in which it ruled on the law applicable to actions for reimbursement of damages in an international context. The judgment concludes that an action for reimbursement brought by an insurer, which has paid a certain amount to an accident victim, against the tortfeasor (or his insurer) is governed by the law of the place where the damage occurred. It is the law of the place where the damage occurred that also determines the limitation period.

Keywords: Action for reimbursement; damage; insurer; limitation period.

Sumario: I. Planteamiento. 1. Objeto de la cuestión prejudicial planteada. II. La decisión del tribunal. 1. Sobre las cuestiones prejudiciales primera y única. III. Conclusiones.

Sentencia objeto de comentario: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Novena), de 17 de mayo de 2023, dictada en el Asunto C-264/22.

I. Planteamiento

1. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Novena), de 17 de mayo de 2023, dictada en el Asunto C-264/22, es de gran importancia al tener por objetivo el artículo 4, apartado 1 (*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 y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión); el artículo 15, letra h) (*La ley aplicable a la obligación extracontractual con arreglo al presente Reglamento regula, en particular: (...) h) el modo de extinción de las obligaciones, así como las normas de prescripción y caducidad, incluidas las relativas al inicio, interrupción y suspensión de los plazos de prescripción y caducidad*); y, el artículo 19 (*Cuando en virtud de una obligación extracontractual, una persona (“el acreedor”) tenga derechos respecto a otra persona (“el deudor”) y un tercero esté obligado a satisfacer al acreedor o haya, de hecho, satisfecho al acreedor en ejecución de esa obligación, la ley aplicable a esta obligación del tercero determinará si, y en qué medida, este puede ejercer los derechos que el acreedor tenía contra el deudor según la ley que rige sus relaciones*) del Reglamento (CE) n.º 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”)¹.

2. Esta petición se ha presentado en el contexto de un litigio entre una compañía aseguradora francesa (*Fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d’autres infractions* – en adelante, FGTI-) y Victoria Seguros S.A., una compañía aseguradora portuguesa, en relación con el reembolso de la indemnización abonada por el FGTI a una víctima de un accidente en Portugal. Ello se debe a que, el 4 de agosto de 2010, una persona de nacionalidad francesa fue golpeada por la hélice de una embarcación matriculada en Portugal, mientras se bañaba en una playa de Portugal, sufriendo graves lesiones corporales, recibiendo asistencia hospitalaria y siendo sometida a varias operaciones quirúrgicas en Portugal y Francia.

3. La víctima del accidente inició un procedimiento judicial ante el Tribunal de Primera instancia de Lyon (Francia) contra el FGTI. En él, las partes alcanzaron un acuerdo indemnizatorio por importe de 229.480,73 euros, en concepto de reparación del perjuicio sufrido como consecuencia de ese accidente, que fue homologado judicialmente por dicho órgano jurisdiccional, efectuando el FGTI el último pago en cumplimiento del acuerdo el 7 de abril de 2014².

4. A finales de noviembre de 2016, el FGTI demandó ante los tribunales portugueses a Victoria Seguros, S.A., que era la compañía aseguradora del presunto responsable del accidente, solicitando el reembolso de la cantidad abonada a la víctima del mismo.

5. El órgano jurisdiccional de primera instancia, el Tribunal Marítimo de Lisboa (Portugal) desestimó la demanda del FGTI por considerar prescrito el derecho de éste, atendiendo al plazo de prescripción de tres años desde el hecho dañoso, previsto en el Derecho portugués aplicable.

6. Contra esta resolución desestimatoria, el FGTI interpuso recurso de apelación contra el órgano jurisdiccional remitente, la Audiencia de Lisboa (Portugal), alegando que, conforme al artículo 19 del Reglamento “Roma II”, el plazo de prescripción aplicable era el establecido por el Derecho francés, no por el Derecho portugués, y que, en virtud de la legislación gala, en caso de subrogación, el plazo de prescripción era de diez años a partir de la resolución judicial en cuestión (dictada en marzo de 2014). Y, subsidiariamente, que, aun admitiendo la aplicabilidad del Derecho portugués, el plazo de prescripción de tres años previsto por este tampoco había expirado en dicha fecha, puesto que sólo comenzaría a correr a partir del último pago efectuado a la víctima, es decir, en el presente litigio, el 7 de abril de 2014, dado que había ejercitado dicha acción en noviembre de 2016. Por su parte, Victoria Seguros S.A. invoca la aplicabilidad del Derecho portugués, conforme al cual dicha acción ha prescrito, con arreglo a las normas establecidas en el Código Civil portugués.

¹ DOUE L 199/40, de 31 de julio de 2007. Texto legal disponible EN: A. ORTEGA GIMÉNEZ, *Código Universitario de Derecho Internacional Privado. Tomos I y II*, Boletín Oficial del Estado, Madrid 2023.

² *Vid.*, en sentido amplio, P. BLANCO-MORALES LIMONES, “Soluciones conflictuales y *actio directa* del perjudicado contra el asegurador”, en *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Extremadura, Badajoz (Extremadura), Nº 8, 1990, págs. 507-517.

7. Ante estas circunstancias, la Audiencia de Lisboa plantea al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE): (i) Si la ley aplicable para la prescripción del derecho a indemnización era la del lugar del accidente (ley portuguesa), de confirmad con lo dispuesto en los artículos 4, apartado 1, y 15, letra h), del Reglamento “Roma II”; o, (ii) Si, en caso de subrogación en la posición del perjudicado, era aplicable la “ley del tercero” subrogado (ley francesa), con arreglo al artículo 19 de dicho Reglamento.

8. Cabe destacar que, en la actualidad, las normas de Derecho internacional privado (en adelante, DIPr.) más relevantes vigentes en España para determinar la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales es el Reglamento “Roma II”.

9. El Reglamento “Roma II” señala la Ley aplicable a la mayor parte de obligaciones extracontractuales que pueden suscitar litigios internacionales. Sin embargo, el Reglamento “Roma II” no señala la ley aplicable a todas las posibles obligaciones extracontractuales que pueden plantearse ante los tribunales de los Estados miembros.

10. Existen también otras normas contenidas en convenios y otros instrumentos legales internacionales que señalan la Ley aplicable a supuestos concretos de obligaciones extracontractuales: daños nucleares, contaminación del mar por hidrocarburos, etc.

11. El artículo 10.9 del Código Civil (en adelante, CC) (*Las obligaciones no contractuales se regirán por la ley del lugar donde hubiere ocurrido el hecho de que deriven. La gestión de negocios se regulará por la ley del lugar donde el gestor realice la principal actividad. En el enriquecimiento sin causa se aplicará la ley en virtud de la cual se produjo la transferencia del valor patrimonial en favor del enriquecido*) no ha sido derogado por el Reglamento “Roma II”; por tanto, el precepto se halla plenamente vigente. En este sentido, cabe destacar las siguientes consideraciones³:

- Por un lado, el artículo 10.9 del CC designa la ley aplicable a ciertos supuestos de obligaciones extracontractuales no regulados por dicho Reglamento “Roma II” ni por otros convenios y textos legales internacionales en materia de obligaciones extracontractuales. Es el caso de la difamación, la lesión del derecho a la intimidad y la vulneración del derecho a la propia imagen.
- Por otro lado, visto que ciertas Comunidades Autónomas españolas disponen de normas civiles sustantivas específicas en materia de obligaciones extracontractuales, el artículo 10.9 del CC designa la ley aplicable a los casos de Derecho interregional relativos a obligaciones extracontractuales (artículo 16 del CC: *1. Los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional se resolverán según las normas contenidas en el capítulo IV con las siguientes particularidades: 1.a Será ley personal la determinada por la vecindad civil. 2.a No será aplicable lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 12 sobre calificación, remisión y orden público. 2. El derecho de viudedad regulado en la Compilación aragonesa corresponde a los cónyuges sometidos al régimen económico matrimonial de dicha Compilación, aunque después cambie su vecindad civil, con exclusión en este caso de la legítima que establezca la ley sucesoria. El derecho expectante de viudedad no podrá oponerse al adquirente a título oneroso y de buena fe de los bienes que no radiquen en territorio donde se reconozca tal derecho, si el contrato se hubiera celebrado fuera de dicho territorio, sin haber hecho constar el régimen económico matrimonial del transmitente. El usufructo viudal corresponde también al cónyuge superviviente cuando el premuerto tuviese vecindad civil aragonesa en el momento de su muerte. 3. Los efectos del matrimonio entre españoles se regularán por la ley española que resulte aplicable según los criterios del artículo 9 y, en su defecto, por el Código Civil. En este último caso*

³ *Vid.*, en sentido amplio, las consideraciones recogidas sobre el particular en: A. ORTEGA GIMÉNEZ (Dir.), L.S. HEREDIA SÁNCHEZ (Coord.), *Derecho internacional privado. Materiales para su estudio*, Editorial Jurídica Sepín, Las Rozas, Madrid, 2023.

se aplicará el régimen de separación de bienes del Código Civil si conforme a una y otra ley personal de los contrayentes hubiera de regir un sistema de separación).

De todos modos, cuando se trata de cuestiones reservadas a la legislación estatal y no autonómica, como la prescripción de las acciones en relación con “materias mercantiles”, es aplicable la legislación del Estado español.

Así ocurre con la prescripción de acciones derivadas de accidentes de circulación por carretera que se ejercitan contra compañías de seguros, pues la materia “seguros” es de competencia exclusiva del Estado.

12. El Reglamento “Roma II” se aplica para determinar la ley aplicable en relación con los supuestos que presentan estos dos caracteres:

- Supuestos relativos a obligaciones extracontractuales; y
- Supuestos con carácter “internacional”.

13. El Reglamento “Roma II” se aplica por todas las autoridades de los Estados miembros participantes en dicho Reglamento y en el entero territorio de tales Estados miembros. Son Estados miembros participantes en el Reglamento “Roma II” todos los Estados miembros de la UE, excepto Dinamarca (artículo 1.4 del Reglamento “Roma II”: *A los efectos del presente Reglamento, se entenderá por «Estado miembro» todos los Estados miembros excepto Dinamarca*). El Reino Unido e Irlanda ejercitaron su derecho de *opting-in* y son Estados miembros en el Reglamento “Roma II”.

14. El Reglamento “Roma II” presenta carácter *erga omnes*. Ello significa que se aplica para determinar la ley reguladora de las obligaciones extracontractuales incluidas en su ámbito de aplicación material con total independencia de la nacionalidad, domicilio y residencia habitual de las partes implicadas y de los litigantes, y con independencia, también, de cuál sea la ley estatal reguladora de las obligaciones extracontractuales (artículo 3 del Reglamento “Roma II”: *La ley designada por el presente Reglamento se aplicará, aunque no sea la de un Estado miembro*). En consecuencia, las normas de DIPr. de producción interna de los Estados miembros ya no pueden aplicarse a los supuestos regidos por el Reglamento “Roma II”.

15. El Reglamento “Roma II” es irretroactivo. Se aplica exclusivamente a los “hechos generadores de daño que se produzcan después de su entrada en vigor” (artículo 31 del Reglamento “Roma II”: *El presente Reglamento se aplicará a los hechos generadores de daño que se produzcan después de su entrada en vigor*).

16. Lo relevante no es el momento en el que se verifica el “daño”, sino el momento en el que tiene lugar el “hecho” generador del daño.

17. En este sentido, por ejemplo, es relevante el momento en el que se produce un vertido contaminante en un río a su paso por España y no el momento en el que un sujeto que se baña en dicho río a su paso por Portugal resulta dañado en su persona y/o bienes. El Reglamento “Roma II” se aplica íntegramente a los hechos ocurridos a partir del 11 enero 2009.

18. El sistema general para determinar la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales en el Reglamento “Roma II” recoge diversos puntos de conexión que se estructuran del siguiente modo (artículos 14 y 4 del Reglamento “Roma II”)⁴:

⁴ *Vid.*, en sentido amplio, entre otros: A. ORTEGA GIMÉNEZ, “Prevalencia del Convenio de La Haya de 1971 frente al Reglamento “Roma II” para la determinación de la ley aplicable en materia de accidentes por carretera (A propósito de la “Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 23 de diciembre de 2020)”, en *Diario La Ley*, Nº 9840, Sección Tribuna, Editorial

a) Ley elegida por las partes

En primer lugar, las obligaciones extracontractuales se regirán por la Ley elegida por las partes en los términos del artículo 14 del Reglamento “Roma II” (*1. Las partes podrán convenir someter la obligación extracontractual a la ley que elijan: a) mediante un acuerdo posterior al hecho generador del daño, o bien b) cuando todas las partes desarrollen una actividad comercial, también mediante un acuerdo negociado libremente antes del hecho generador del daño. La elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de las circunstancias del caso y no perjudicará los derechos de terceros. 2. Cuando en el momento en que ocurre el hecho generador del daño, todos los elementos pertinentes de la situación estén localizados en un país distinto de aquel cuya ley se elige, la elección de las partes no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de ese otro país cuya aplicación no pueda excluirse mediante acuerdo. 3. Cuando, en el momento en que ocurre el hecho generador del daño, todos los elementos pertinentes de la situación se encuentren localizados en uno o varios Estados miembros, la elección por las partes de una ley que no sea la de un Estado miembro no impedirá la aplicación de las disposiciones del Derecho comunitario, en su caso tal como se apliquen en el Estado miembro del foro, que no puedan excluirse mediante acuerdo*).

b) Ley de la residencia habitual común de las partes

En defecto de Ley elegida en las condiciones del artículo 14 del Reglamento “Roma II”, las obligaciones extracontractuales se rigen por la Ley del Estado en el que la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada tengan su residencia habitual común en el momento en que se produzca el daño (artículo 4.2 del Reglamento “Roma II”: *No obstante, cuando la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada tengan su residencia habitual en el mismo país en el momento en que se produzca el daño, se aplicará la ley de dicho país*).

c) Lex Loci Delicti Commissi

En defecto de los criterios anteriores, las obligaciones extracontractuales se regirán por la ley del país donde se produce el daño⁵, 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 (artículo 4.1 del Reglamento “Roma II”)⁶.

d) Cláusula de excepción

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

Wolters Kluwer, Madrid, de 29 de abril de 2021, pp. 1-26 y A. ORTEGA GIMÉNEZ, “Competencia Judicial Internacional y determinación de la Ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera en España, a propósito del comentario del auto 8324/2019 del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2019 y del auto 202/2019 de la Audiencia Provincial de Alicante, de 18 de julio de 2019”, en *Revista Boliviana de Derecho*, número 30, Fundación Iuris Tantum, Santa Cruz de la Sierra (Bolivia), julio 2020, pp. 454-469.

⁵ *Vid.*, en sentido amplio, J. PÉREZ FONT, “Accidentes de circulación por carretera: Competencia Judicial Internacional, Ley aplicable e intereses en caso de mora del asegurador”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 14, N.º 1, Área de Derecho Internacional Privado-Universidad Carlos II de Madrid, Madrid, Marzo 2022, pp. 835-852.

⁶ *Vid.*, en particular, A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado, Tomo III*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 3684-3687.

mento “Roma II”: *Si del conjunto de circunstancias se desprende que el hecho dañoso 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. Un vínculo manifiestamente más estrecho con otro país podría estar basado en una relación preexistente entre las partes, como por ejemplo un contrato, que esté estrechamente vinculada con el hecho dañoso en cuestión).*

1. Objeto de la cuestión prejudicial planteada

19. El Tribunal da Relação de Lisboa (Audiencia de Lisboa) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente, y única, cuestión prejudicial: si los artículos 4, apartado 1, 15, letra h), y 19 del Reglamento n.º 864/2007 deben interpretarse en el sentido de que la ley que rige la acción de un tercero subrogado en los derechos de una persona perjudicada contra el causante de un daño y determina, en particular, las normas de prescripción de dicha acción, es la del país en el que se produce ese daño.

II. La decisión del tribunal

1. Sobre las cuestiones prejudiciales primera y única

20. Como se ha visto, el órgano jurisdiccional remite pregunta, en esencia, si los artículos 4, apartado 1, 15, letra h), y 19 del Reglamento “Roma II” deben interpretarse en el sentido de que la ley que rige la acción de un tercero subrogado en los derechos de una persona perjudicada contra el causante de un daño y determina, en particular, las normas de prescripción de dicha acción, es la del país en el que se produce ese daño.

21. Con carácter preliminar, procede recordar que, según reitera la jurisprudencia para interpretar una disposición del Derecho de la Unión procede tener en cuenta no solo su tenor, sino también su contexto y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte⁷.

22. A este respecto, en primer lugar, el artículo 4, apartado 1, del Reglamento “Roma II” dispone que: *salvo disposición en contrario [de este] Reglamento, la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un hecho dañoso es la del país donde se produce el daño.* De ello se desprende que la ley aplicable a la acción de la persona perjudicada contra el causante de un daño es, salvo disposición en contrario de dicho Reglamento, la del país en el que se produce ese daño⁸.

23. Se configura la regla del artículo 4.1 del Reglamento “Roma II” como una regla meramente subsidiaria y no principal. La libre elección de Ley debe permitirse, pues en caso de que tal elección se produzca, conduce siempre a la Ley que comporta costes conflictuales menores para las partes y no se daña con ello, ningún interés general o público.

24. Se consagra así la clásica solución *lex loci delicti commissi*, conexión territorial que se caracteriza por su neutralidad, previsibilidad, seguridad jurídica, y que, además, “crea un justo equilibrio entre los intereses de la persona cuya responsabilidad se imputa y los de la persona perjudicada, y corresponde también a la concepción moderna del Derecho de responsabilidad civil y al desarrollo de los regímenes de responsabilidad objetiva” (Considerando 16 del Reglamento “Roma II”).

⁷ *Vid.*, en este sentido, las sentencias de 7 de abril de 2022, Berlin Chemie A. Menarini, C 333/20, EU:C:2022:291, apartado 34, y de 20 de junio de 2022, London Steam-Ship Owners’ Mutual Insurance Association, C 700/20, EU:C:2022:488, apartado 55.

⁸ *Vid.*, en particular, A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado, Tomo III*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 3686-387.

25. La ley aplicable se individualiza en el país donde se producen las consecuencias directas del daño, es decir, aquél “en el que se haya producido la lesión o se haya dañado la propiedad” (Considerando 17 del Reglamento “Roma II”), y con independencia de cuál sea el país donde se produjo el hecho generador de ese daño y de cuál sea el/los país/es donde se producen consecuencias indirectas⁹.

26. Por su parte, el artículo 15, letra h), del Reglamento “Roma II” establece que: *la ley aplicable a la obligación extracontractual con arreglo [a este] Reglamento regula, en particular, [...] el modo de extinción de las obligaciones, así como las normas de prescripción y caducidad*¹⁰, incluidas las relativas al inicio, interrupción y suspensión de los plazos de prescripción y caducidad (SAP 30 septiembre 2009 [colisión de automóviles en Cataluña y aplicación de la Ley catalana a la prescripción de la acción]).

27. Así, de la lectura conjunta del artículo 4, apartado 1, y del artículo 15, letra h), de dicho Reglamento se desprende que, salvo disposición en contrario de este, la ley que rige la acción de la persona perjudicada contra el causante de un daño y determina, en particular, las normas de prescripción de dicha acción es la del país en el que se produce ese daño.

28. Finalmente, el artículo 19 del mismo Reglamento, titulado “Subrogación”, dispone, en relación con la obligación de un tercero de satisfacer a la persona perjudicada, que: *la ley aplicable a esta obligación del tercero determinará si, y en qué medida, este puede ejercer los derechos que el acreedor tenía contra el deudor según la ley que rige sus relaciones*. Así pues, este artículo establece una distinción entre, por una parte, la ley aplicable a las relaciones entre el acreedor, a saber, la persona perjudicada en caso de un daño, y el tercero subrogado en sus derechos y, por otra parte, la ley que rige las relaciones entre el acreedor y su deudor, es decir, en el caso de un daño, las relaciones entre la persona perjudicada y el autor de ese daño¹¹.

29. Cuando en virtud de una obligación extracontractual, una persona (“el acreedor”) tenga derechos respecto a otra persona (“el deudor”) y un tercero esté obligado a satisfacer al acreedor o haya, de hecho, satisfecho al acreedor en ejecución de esa obligación, la ley aplicable a esta obligación del tercero determinará si, y en qué medida, éste puede ejercer los derechos que el acreedor tenía contra el deudor según la ley que rige sus relaciones.

30. El citado artículo 19 precisa que el tercero subrogado podrá ejercer los derechos de la persona perjudicada según la ley que rija las relaciones entre esa persona y el autor del daño. De ello resulta que, según esta última ley, el tercero subrogado puede ejercitar, en lugar de la persona perjudicada, la acción de que dispone esta contra el autor del daño. En otras palabras, la ley aplicable a la acción del tercero subrogado contra el autor de ese daño es la aplicable a la acción de la víctima contra dicho autor.

31. Pues bien, esta última ley se determina, en virtud de las disposiciones de los artículos 4 y siguientes del Reglamento “Roma II”, que figuran en sus capítulos II a IV. En caso de daño causado por un accidente como el del litigio principal, la ley aplicable a la acción de la persona perjudicada contra el autor de ese daño es, como ya se ha señalado (de conformidad con la regla general prevista en el artículo 4, apartado 1, de dicho Reglamento), en principio, la ley del país en el que se produce el referido daño.

32. Por otra parte, tal interpretación se ve respaldada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Así, en los apartados 56 a 59 de la Sentencia de 21 de enero de 2016, ERGO Insurance y Gjensidige

⁹ *Vid.*, en particular, M.A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “La ley aplicable a las obligaciones extracontractuales en el espacio europeo”, en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, Editorial Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp.167-179.

¹⁰ *Vid.*, en particular, A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado, Tomo III*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 3809-3812.

¹¹ *Vid.*, en particular, A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado, Tomo III*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 3812-3815.

Baltic¹², se consideró, en esencia, que, en una situación en la que un tercero ha indemnizado a la víctima de un accidente en cumplimiento de una obligación frente a su asegurado, el artículo 19 de dicho Reglamento establece que la cuestión de una eventual subrogación en los derechos de esa víctima y las condiciones del ejercicio de tal subrogación se regirán por la ley aplicable a la obligación del tercero de indemnizar a dicha víctima. En cambio, según el Tribunal de Justicia, la ley aplicable a la determinación de las personas que pueden ser declaradas responsables del accidente sigue estando sujeta, con arreglo a dicho artículo 19, a los artículos 4 y siguientes del mismo Reglamento. De ello se desprende que la ley que regula las relaciones entre la persona perjudicada y el autor del daño, es decir, el acreedor y el deudor a los que se refiere el citado artículo 19, se determina en virtud de los citados artículos 4 y siguientes.

33. La interpretación según la cual el artículo 19 del Reglamento “Roma II” no tiene por objeto determinar la ley aplicable a la prescripción de la acción que puede ejercitar un tercero subrogado contra el deudor a que se refiere dicho artículo se ve corroborada por el sistema general de dicho Reglamento.

34. En efecto, el capítulo V del Reglamento “Roma II”, del que forma parte su artículo 19, establece normas comunes que son aplicables a situaciones en las que la ley aplicable a la obligación extracontractual de que se trata ya ha sido, como tal, determinada. Esa determinación se realiza en virtud de las normas establecidas en el capítulo II de dicho Reglamento, titulado “Hechos dañosos”, en su capítulo III, titulado “Enriquecimiento injusto, gestión de negocios y culpa in contrahendo”, y en su capítulo IV, relativo a la libertad de elección de la ley aplicable. Pues bien, como se ha señalado anteriormente, de las normas enunciadas en esos capítulos se desprende que la ley aplicable a las normas de prescripción de una obligación extracontractual que resulta de un hecho dañoso debe determinarse, en principio, conforme a la norma general prevista en el artículo 4, apartado 1, del Reglamento “Roma II”¹³.

35. Sería contraria al objetivo perseguido por el Reglamento “Roma II” la interpretación de su artículo 19 según la cual, cuando el tercero subrogado ejercita la acción contra el deudor, es la ley aplicable a la obligación del tercero subrogado de satisfacer al acreedor la que determina las normas de prescripción de esta acción.

36. Como se desprende de los considerandos 6, 14 y 16 del citado Reglamento, tal objetivo consiste, en particular, en garantizar la seguridad en cuanto al Derecho aplicable con independencia del país en el que se haya planteado el litigio, en incrementar la previsibilidad de las resoluciones judiciales y en garantizar un equilibrio razonable entre los intereses de la persona cuya responsabilidad se alega y los de la persona perjudicada. No obstante, tal previsibilidad de la ley aplicable se vería comprometida si, en caso de subrogación, las condiciones de ejecución y los modos de extinción de la obligación extracontractual del deudor frente a la persona perjudicada estuvieran determinados por la ley aplicable a la obligación del tercero de satisfacer a dicha persona. En efecto, según esta interpretación, la ley aplicable y, por consiguiente, esas condiciones de ejecución y modos de extinción podrían variar en función de si se ha producido o no una subrogación. Tal interpretación del artículo 19 del Reglamento “Roma II” sería también contraria al objetivo consistente en garantizar un equilibrio razonable entre los intereses en juego y, como ha señalado la Comisión Europea, a la esencia misma del mecanismo de la subrogación. En efecto, esta interpretación tendría como consecuencia que el autor del perjuicio, el deudor, debido a que es demandado por el tercero subrogado, y no por la persona perjudicada, el acreedor, se encontraría en una situación diferente, en su caso menos favorable, de aquella en la que se habría encontrado si dicho acreedor hubiera ejercido sus derechos personal y directamente contra él. Pues bien, en la medida en que la subrogación tiene por objeto, en principio, únicamente permitir al tercero subrogado ejercer los derechos del acreedor, la aplicación de ese mecanismo no debería tener incidencia en la situación jurídica del deudor. En efecto, este debería poder invocar contra el tercero subrogado todos los motivos de

¹² *Vid.*: C 359/14 y C 475/14, EU:C:2016:40.

¹³ *Vid.*, en este sentido, la sentencia de 31 de enero de 2019, Da Silva Martins, C 149/18, EU:C:2019:84, apartado 33), que designa la ley del país en el que se produce el daño.

defensa de que hubiera dispuesto contra la persona perjudicada, en particular los relativos a la aplicación de las normas de prescripción.

37. El artículo 19 del Reglamento “Roma II” opera de la siguiente manera: bien, el tercero sustituye al deudor en una obligación extracontractual ya que tiene la obligación legal de sustituirlo o porque ha pagado al acreedor originario. Desde este punto de vista, hay una subrogación en la posición del deudor: el deudor originario ha sido sustituido por un nuevo deudor, el tercero; o, bien, el tercero, que ha pagado o debe pagar al acreedor, se convierte ahora en el nuevo acreedor del deudor. Desde este nuevo punto de vista, se produce una subrogación en la posición del acreedor.

38. En este sentido, el artículo 19 del Reglamento “Roma II” sólo determina la ley aplicable a esa posible reclamación que el tercero puede dirigir contra el deudor tras haber satisfecho la obligación extracontractual que el deudor tenía con el acreedor originario. De esta forma, la acción subrogatoria se regulará por la ley que rige el contrato de seguro, de fianza o similar firmado por el tercero con el acreedor o deudor originario. Así lo indica la STJUE de 21 de enero de 2016, C-359/14 y C-475/14, *ERGO Insurance*, cuando señala que “la ley aplicable a una acción de repetición de la entidad aseguradora de un vehículo de tracción, que ha indemnizado a las víctimas de un accidente causado por el conductor del citado vehículo, contra la entidad aseguradora del remolque acoplado durante dicho accidente se determinará con arreglo al artículo 7 del Reglamento “Roma I” si las normas de la responsabilidad delictual aplicables a dicho accidente en virtud de los artículos 4 y siguientes del Reglamento “Roma I” establecen un reparto de la obligación de reparación del daño”.

III. Conclusiones

39. En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Novena) declara que los artículos 4, apartado 1, 15, letra h), y 19 del Reglamento “Roma II”, deben interpretarse en el sentido de que la ley que rige la acción del tercero subrogado en los derechos de una persona perjudicada contra el causante de un daño y determina, en particular, las normas de prescripción de dicha acción es, en principio, la del país en el que se produce ese daño.

40. Habida cuenta de lo anterior, de la lectura conjunta de los artículos 4, apartado 1, 15, letra h), y 19 del Reglamento “Roma II”, se desprende que la ley que rige la acción de la persona perjudicada contra el causante del daño y determina, en particular, las normas de prescripción de dicha acción, ley que es, en principio, la del país donde se produce ese daño, es también la que rige la acción de un tercero subrogado en los derechos de dicha persona perjudicada contra ese autor.

Civil meanings of child abduction. Analysis of a real case with two parties: Spain (European Union) and Russia Federation

Aspectos civiles de la sustracción de menores. Análisis de un caso real entre dos partes: España (Unión Europea) y la Federación Rusa

EUGENIO PIZARRO MORENO

Titular of Pablo de Olavide, Sevilla

Dr. Civil and Private International Law Univ. Sevilla

Ex-General Secretary for Justice of Andalucía, España

ORCID ID: 0000-0002-0252-3169

Recibido: 10.12.2023 / Aceptado: 17.01.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8453

Abstract: There are not many occasions, neither from the investigative point of view nor from forensic practice, much less, as is the case, from both jointly, in which the jurist can study and try to resolve a case of child abduction.

The male parent has British nationality; the mother is a national of the Russia Federation. However, it can be said that this history of doctrine and jurisprudence lacked the necessary investigative interest if there had not been a minor, born in Spain, and whom her mother, without the knowledge or consent of her father, transferred to Russia.

Thus begins a case that took us to the Court of Justice of the European Union. And, of course, to this research article than shows that between the formulation of a law or rules and its execution, there is always a pervasive chasm that not everybody is able to cross or knows how to do so.

Law is more a science of problems than of solutions, and it usually responds poorly -it cannot be otherwise- to facts with a markedly surprising nature.

Keywords: Civil abduction, minor protection, Family Law, rights family, conflict international law.

Resumen: No son muchas las ocasiones, ni desde el punto de vista investigador ni desde la práctica forense, y mucho menos, como es el caso, desde ambos de forma conjunta, en las que el jurista pueda estudiar e intentar resolver un caso de sustracción internacional de menores.

El padre varón tenía nacionalidad británica; la madre, nacional de la Federación de Rusia. Sin embargo, puede decirse que esta historia de doctrina y jurisprudencia carecería del necesario interés dogmático si no hubiera existido una menor, nacida en España, y a quien su madre, sin conocimiento ni consentimiento de su padre, trasladó a Rusia.

Así comienza un caso que nos llevó hasta el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Y, por supuesto, este artículo de investigación muestra que entre la formulación de una ley o las reglas jurídicas y su ejecución, siempre hay un espacio que requiere la aplicación de criterios de justicia material.

El Derecho es más una ciencia de problemas que de soluciones, y suele responder mal -no puede ser de otra manera- ante hechos de carácter marcadamente sorprendente.

Palabras clave: Sustracción civil, protección menores, Derecho familia, derechos de familia, conflicto Derecho internacional.

Sumario: I. Brief introduction: factual and legal background. II. Proven facts in the case judged by the court of the judicial district of Dzerzhinsky. III. Incorrect implementation of the exception written in the article 13.b of the Hague Convention (1980). IV. The difficulties of jurisprudential dialogue. V. Concluding notes.

I. Brief introduction: factual and legal background.

1. To delve deeper into the ideas outlined in the abstract, since I began my training as a lawyer, I have had occasion to settle some notions that only appeared at first as vague lawful possibilities: first, is that law –*Ius*–, generally conceived as a discipline of study, is more a problem’s science than a science of solutions; and second, facts are the most powerful legal arguments that exist. Whoever tried them knows¹.

2. On the other hand, we understand that it is not necessary to clarify, at this point, that we are faced with a situation with important effects in both the criminal and civil spheres.

3. PALAO MORENO says, in a recent monograph² that “international child abduction is a phenomenon that continues to increasingly affect modern societies. The technological revolution is especially reflected in the changes that have occurred in the world of transport and that favors the consolidation of a globalized and multicultural world has a direct impact on the very configuration of the family, favoring, as in many other areas of today’s society, its internationality. International families thus constitute a constantly growing reality”. In this context, international child abduction is a phenomenon that is constantly present, which, far from being reduced, continues, and foreseeably will continue, to increase.

4. In a context of increasing cross-border personal and family mobility, family disputes with a cross-border element are increasing. One of the most common conflicts in this area refers to the illegal transfer or retention of a minor in a State other than the State of their previous habitual residence -hereinafter illegal removal-. The illegality is characterized by the infringement of the custody rights³ of the other parent; the graphically named parent left behind or left-behind parent. These conducts, which are contrary to the law, are also considered highly detrimental to the minor involved, as well as, obviously, to the parent whose custody rights are violated.

5. The basic idea on which any response to the phenomenon is articulated is that international child abduction should be discouraged. Different have been the responses provided at various geographical levels, endowed in many cases with material scopes and differentiated approaches. Thus, as a way of dealing with this complex reality, let us remember, existing since ancient times and which, as we say, has seen its importance increase in recent times, since the Hague Conference on Private International

¹ This article is a transfer of result of investigation derived from the Project 16/15 APP, UPO, “Deudor hipotecario vulnerable: desahucio y Menores” (“*Vulnerable mortgager: dispossession and minors*”).

² G. PALAO MORENO. *La sustracción internacional de menores en el espacio jurídico europeo*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, p.33; also, G. PALAO MORENO y (dir.), M. GONZÁLEZ MARIMÓN (ed. lit.). *El nuevo marco europeo en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción de menores: Comentarios al Reglamento (UE) n° 2019/1111*, ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2022.

³ The Spanish Supreme Court, in the Sentence of February 2, 2012, and based on the provisions of international conventions, and the Hague Convention, reasoned that this crime “includes the right related to the care of the person of the minor and, in particular, to decide on his or her place of residence. There is no difference between custodial parents and those who are not - italics are ours. Hence, it is considered an illicit transfer - Article 3 a) of the Convention - that which occurs in violation of the right of custody attributed, separately or jointly, to a person. Thus, since the minor, in this case, has established residence in the United States with both parents, who jointly had the same right of custody, the mother could not, due to a unilateral decision and without consent of the other parent, who would have as much right to custody as she does, move the minor, modify his residence and deprive him of the company of his father. The alteration of the status quo of the minor, in the case of joint custody, can only be done by mutual agreement of both holders of the right. And in the absence of agreement, the authority decides in the interest of the minor. This is so for civil purposes, as the Spanish and American courts have agreed, and also for criminal purposes, because we do not see any element in article 225 bis of the Spanish Penal Code that allows us to deviate from the interpretation that literally follows from the Convention. International on the matter.”

Law (...) sought an instrument of cooperation that would discourage and provide a response to this type of phenomenon, concluding in its day the Hague Convention of October 25, 1980 on civil aspects of the international kidnapping of minors⁶ (hereinafter, THC)”.

6. Regarding the concept of habitual residence, the Judgment of CJEU⁴ 8 June 2017, in a case between an Italian national and a Greek mother who, after the birth of her child, remains in the mother’s home and does not return to Italy where the couple had established their habitual residence, says⁵:

7. “(22) That court considers that situations in which a child is born in a place unconnected to the place where the child’s parents are habitually resident — for example, fortuitously or due to force majeure, when the child’s parents are travelling abroad — and is thereafter wrongfully removed or retained by one of them, give rise to blatant infringements of parental rights and in fact the separation of the child from the place where, in the normal course of events, the child would have been habitually resident. Such situations should, for those reasons, fall within the scope of the return procedure laid down by the 1980 Hague Convention and Regulation No 2201/2003”.

8. “(23) The referring court considers that a child’s physical presence in a given place should not therefore be a prerequisite for the child being assessed as ‘habitually resident’ there, for the purposes of Article 11 of Regulation No 2201/2003⁶. As regards quite specifically newborn children and infants, the factors which ordinarily facilitate determination of habitual residence are, in the view of the referring court, of no relevance because young children are absolutely dependant on those who look after them. The Court has itself held that the condition as to the physical presence of a child is of less importance with respect to infants, since the Court held, in the judgment of December 2010, *Mercredi* (C497/10 PPU, EU:C:2010:829), that if such an infant was resident for a few days in a given place, that, allied to other factors, was sufficient ground to establish that the child was habitually resident there”.

9. As we will see in both cases, the psychological aspects involved in the case will acquire enormous importance in terms of its practical resolution.

10. “(24) According to the referring court, in order to determine the habitual residence of a newborn child or an infant, it would be more appropriate to use as the essential factor the joint intention of the responsible parents, which can be inferred from preparations made by them to welcome the child, such as registering the child’s birth at the registry of the place where they are habitually resident, the purchase of essential clothing or furnishings for the child, the preparation of the child’s room or even the renting of a larger house”.

11. (25) In those circumstances, the Monomeles Protodikeio Athinon (Court of First Instance (single judge) of Athens) decided to stay the proceedings and to refer the following question to the Court for a preliminary ruling:

⁴ Judgment of the Court (Fifth Chamber), 8 June 2017; [Text rectified by order of 12 June 2017]; [Text rectified by order of 14 September 2017]; ECLI:EU:C:2017:436.

Explaining the facts, point 21 says: In that regard, that court is of the opinion that while the child has admittedly not been ‘removed’, within the meaning of Article 11(1) of Regulation No 2201/2003 or Article 3 of the 1980 Hague Convention, from one Member State to another, the child has nonetheless been wrongfully retained by her mother in Greece, when the father has not agreed to the child becoming habitually resident there, although the parents share parental responsibility with respect to the child.

⁵ See the sections 22, 23, 24 and 25.

⁶ Article 11 of Brussels IIR also refers to the return of the child and contains the following provisions:

“(2) When applying Articles 12 and 13 of the 1980 Hague Convention, it shall be ensured that the child is given the opportunity to be heard during the proceedings unless this appears inappropriate having regard to his or her age or degree of maturity.

(3) A court to which an application for return of a child is made as mentioned in paragraph (1) shall act expeditiously in proceedings on the application, using the most expeditious procedures available in national law without prejudice to the first sub-paragraph, the court shall, except where exceptional circumstances make this impossible, issue its judgment no later than six weeks after the application is lodged”.

‘What is the appropriate interpretation of the concept of “habitual residence”, within the meaning of Article 11(1) of [Regulation No 2201/2003], in the case of an infant who fortuitously or due to force majeure has been born in a place other than that which her parents with joint parental responsibility for the child intended to be the place of her habitual residence, and was then unlawfully retained by one parent in the State where she was born, or removed to a third State. More specifically, is physical presence a necessary and self-evident prerequisite, in all circumstances, for establishing the habitual residence of a person, and in particular a newborn child?’⁷.

12. The surprising nature of the mother’s decision prevents the legal system - in this case, the Spanish one- from coming to the aid of the other parent by preventing or making the abduction illegal *ab initum*⁸. Something similar happens with the so-called preventive measures, which are only when, to use words from civil law, there is a rational and well-founded fear that one of the parents is going to carry out an action not protected by the legal system (Antón; oct., 2020)⁹.

13. In fact, the measures regulated by Spanish Civil Code (CC) go in this way.

14. In art. 158 of the CC, in section 3, provides that the judge, whether ex officio or at the request of the child himself, of any relative or of the Prosecutor’s Office, will adopt: “The necessary measures to prevent the abduction of minor children by one of the parents.” or by third parties and, in particular, the following:

- a) Prohibition of leaving the national territory, unless prior judicial authorization.
- b) Prohibition of issuing the passport to the minor or withdrawing it if it has already been issued.
- c) Submission to prior judicial authorization of any change of address of the minor”.

15. It would not be difficult to reflect what are the subjective rights involved from the civilian point of view when we are faced with a case of child abduction by one of their parents. Perhaps the most difficult thing is to enumerate them accurately:

- a) Rights inherent to parental: visits, communication, right to alimony in a broad sense, relationship with the minor, affective rights of parents (including moral rights).
- b) Rights of the child: free development of personality (all-encompassing cultural, social and educational background; (including moral rights), right to be heard, affection, right to interact with both parents.
- c) Rights of other relatives: alimony, affective and, in some laws like the Spanish, to visit and communicate with the child.

⁷ Cfr. [2020] JMSC Civ 230, CLAIM NO. SU 2020 CV03807. In the case of A v A and another (Children: Habitual Residence) (Reunite International Child Abduction Centre and others intervening) [2013] UKSC 60, Lady Hale at paragraphs 54 and 55 of the Judgment sought to draw together the different definitions of habitual residence. She stated that: “i) All are agreed that habitual residence is a question of fact and not a legal concept such as domicile. There is no legal rule akin to that whereby a child automatically takes (‘sic’) the domicile of his parents (...). iii) The test adopted by the European Court is “the place which reflects some degree of integration by the child in a social and family environment” in the country concerned. This depends upon numerous factors, including the reasons for the family’s stay in the country in question (...). vii) The essentially factual and individual nature of the inquiry should not be glossed with legal concepts which would produce a different result from which the factual inquiry would produce. viii) As the Advocate General pointed out in para AG45 and the court confirmed in para 43 of Proceedings by A, it is possible that a child may have no country of habitual residence at a particular point in time.

⁸ It should not be forgotten that the abduction of minors may originate from a lawful cause; vgr., the custodial parent’s vacation in her country of origin.

⁹ I. ANTÓN: <https://www.isabelanton.es/post/protección-internacional-del-adulto-y-apoderamiento-preventivo-una-combinación-efectiva>, accessed 12.12.2022.

16. Things this way, we are going to study a real case where a Russian mother takes her daughter with her, who was born in Seville -Spain¹⁰-, separating her from her father, who, in fact, was recognized by a judicial court order as the minor's custodian.

17. Although it has been incorporated into this dogmatic work, it must be considered that this matter was addressed without the Council Regulation (EU) 2019/1111 of 25 June 2019¹¹, on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility and on international child abduction having yet been published¹².

18. Before getting into the matter, it should be taken into consideration that this type of assumptions can give rise to different areas of responsibility.

19. There is, at least, a necessary analysis on constitutional responsibility or derived from human rights; criminal liability¹³ based on the national classification made by each country on this type of assumption; and, on which we will focus, civil liability for rights and duties inherent to the family or family law.

20. For this reason, not only the effectiveness of judicial decisions that may have been established in the field of civil family law and the family status quo created by said decisions are protected, but also the right of parents to relate to their children and of these with their parents, a right enshrined in article 39.4 of the Spanish Constitution, stating that "children will enjoy the protection provided for in international agreements that ensure their rights", as well as article 5 of the Hague Convention of 25 October 1980 on Civil Aspects of International Child Abduction, stating that "for the purposes of this Convention:

- a) "rights of custody" shall include rights relating to the care of the person of the child and, in particular, the right to determine the child's place of residence;

¹⁰ We will use, as a general bibliography, the work of E. PÉREZ VERA, (2002, *passim*). Also, A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, online ed.; *Sustracción Internacional de Menores: Una visión general*, D.O.I: <http://ifc.dpz.es/recursos/publicaciones/31/41/10calvocarrascosa.pdf>, accessed 13.12.2022. Also one has dedicated to the topic, from the most administrative point of view, the work of C. GARCÍA REVUELTA: "Aplicación práctica del Convenio de la Haya y el Reglamento 2201/2003. El papel de la Autoridad Central", *Consejo General del Poder Judicial*, 2017.

¹¹ 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. It should be kept in mind that, when the facts of this matter were developing, the aforementioned Resolution was not yet in force.

¹² One could gauge the timing of applying Regulation (EC) No 2201/2003, known as the 'Brussels II bis Regulation', but this is a unique legal instrument whose aim is to help international couples resolve divorce and custody disputes of children in which more than one country is involved.

Establishes the rules determining which court is responsible for matrimonial and parental responsibility matters in disputes involving more than one country; the rules that make it easier for court decisions handed down in one Member State of the European Union (EU) to be recognized and enforced in another; a procedure to resolve cases where one of the parents abducts a child from one Member State and transfers it to another.

It does not deal with matters of positive family law. These issues are the responsibility of each EU Member State.

Therefore, it is difficult, except for the purposes of soft law, to apply this Regulation.

Vid. an interesting study on A. MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, dir. by A. MONGE FERNÁNDEZ (2019: 129, ss).

¹³ A. A. MARTÍN MOLINA, 2022; 3. Aslo, O. GARCÍA PÉREZ, 2010; *passim*. In order for the correlation between the civil and criminal spheres to be appreciated, it is sufficient to present that the Spanish Supreme Court, in the Order of February 2, 2012, and based on the provisions of the aforementioned international conventions, argued that "includes the right related to the care of the person of the minor and, in particular, the right to decide on their place of residence. There is no difference between custodial parents and those who are not. Hence, it is considered illegal transfer -article 3 a) of the Convention- that which occurs with infringement of the right of custody attributed, separately or jointly, to a person. Thus, since the minor, in the case at hand, established his residence in the United States with both parents, who apparently had the same right of custody jointly attributed to him, the mother could not, by a unilateral decision and without the consent of the another parent, who would have as much right to custody as her, transfer the minor, change his residence and deprive him of the father's company. The alteration of the status quo of the minor, in the case of joint custody, can only be done by mutual agreement of both holders of the right. And in the absence of agreement, the authority decides in the interest of the minor. This is so for civil purposes, as the Spanish and US courts have concordantly declared, and also for criminal purposes, because we do not appreciate any element in article 225 bis of the Spanish Penal Code that allows us to depart from the interpretation that literally follows from the Convention International in the matter".

- b) “rights of access” shall include the right to take a child for a limited period of time to a place other than the child’s habitual residence”.

21. It is also appropriate, and opportune that, before going into the merits of the matter, we make a brief recap of what were the facts and the background of the case, for a proper understanding of the solutions that were proposed and accepted in the case.

A) Factual background

22. On July 15th, 2013, was born in Seville (Spain), X. (from now on: “the daughter”) from the marriage between Mr. E. (from now on: “the father”) and Mrs. J. (from now on: “the mother”). Seville has been the habitual residence of the family, therefore, the habitual residence of the daughter.

23. On April 27th, 2016, the mother moved to Russia Federation¹⁴, taking the daughter with her, without the father’s knowledge and consent¹⁵, who decided to claim her return with a judicial claim reported in the Court of the Judicial district of Dzerzhinsky (Russia Federation).

B) Rights record

24. On 27th October 2016 the Court of the Judicial district of Dzerzhinsky (Russia Federation) dictated a resolution dismissing the judicial claim submitted by the father.

25. The regulatory framework of this issue is the Convention on the civil aspects of international child abduction (concluded 25 October 1980), being Spain a state signatory of that Convention since September 1987 and the Russian Federation since October 2011¹⁶.

26. It is very important to be clear that Russia’s accession to the Hague Convention had already occurred, by legislative resolution European Parliament of 11 February 2015 on the proposal for a Council decision on the declaration of acceptance by the Member States, in the interest of the European Union, of the accession of the Russian Federation to the 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction¹⁷.

27. The object of that Convention is (Article 1): a) to secure the prompt return of children wrongfully removed to or retained in any contracting State and b) to ensure that rights of custody and of access under the law of one contracting state are effectively respected in the other contracting states. To secure within their territories the implementation of the objects of that convention; the article 2 establishes that contracting states shall take all appropriate measures, in our case it is an obligation for both: Spanish and Russian authorities.

28. The resolution of the court of the Judicial district of Dzerzhinsky (Russia Federation) concluded October 27th, 2016, has been appealed by the father at the San Petersburg Court.

¹⁴ M. D. ADAM MUÑOZ. “El Convenio entre España y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas sobre asistencia judicial”, Poder Judicial, nº 51, 1998, pp. 377-407.

¹⁵ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ. “El Convenio Internacional de la Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores ante el Tribunal Supremo”, en *Revista Jurídica española La Ley*, núm. 4685, 3 de diciembre, 1998, *passim*. At the international level, ANTÓN, E.A., “The Hague Convention on International Child Abduction.” *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 30, no. 3, 1981, pp. 537–67. JSTOR, <http://www.jstor.org/stable/759286>, accessed 6.12.2023.

¹⁶ The conclusions of the Special Committee on the practical operation of the Hague Conventions of 1980 and 1996 (1-10 June 2011) should not be lost sight of.

¹⁷ (COM(2011)0911 – C8-0266/2014 – 2011/0447(NLE)).

29. It remains to add that we are dealing with a very complex case, as can be seen. This is fundamentally due to the fact that, while there is a notable doctrine, legislation and jurisprudence¹⁸ for a case that occurs internally between EU countries, the same does not happen when we are faced with, as in this case, a matter that takes place between a Member State of the EU and a foreign State, such as Russia.

II. Proven facts in the case judged by the Court of the judicial district of Dzerzhinsky

30. First proven fact: the daughter has her habitual residence in Seville (Spain), this aspect is also accredited by the resolution of the Court of the Judicial district of Dzerzhinsky (Russia Federation) concluded October 27th, 2016. The concept of habitual residence¹⁹ of a person is identified by the international doctrine, law and jurisprudence with the center of interests of his life, therefore, with the place where that person develops his existence in a linked and permanent way, being a real concept, which needs to be specified by all the elements in the situation. In this case, there is no doubt about the daughter's habitual residence being Seville (Spain): in fact, the minor has resided in Seville with her parents since she was born and she has roots only in Spain because is the country where she goes to school (in an Infant and Primary education center), where she has guaranteed the universal health coverage through a permanent medical insurance, where she has her friends acquaintances, where she lives with her paternal grandparents, where she has her family house, etc²⁰.

31. In this way, the jurisprudence of the European Court of Justice has pronounced, for example with judgments like the one issued on April 2nd, 2009, in the 523/07 case and the one issued on December 22nd, 2010, in the C-497/10 PPU. In both resolutions, this Court has indicated that the minor habitual residence needs to be determined considering all the facts circumstances which are specifics in each case and must be able to demonstrate the minor's integration in a family and social environment: specially, we need to take into consideration, the duration, the regularity, the conditions and the reasons to stay in a state's territory, the minor's nationality, the place and conditions of the school's education, the knowledge of languages and the family and social relationships of the minor in that State. In this particular case, all of the above-mentioned points to Spain and no to Russia Federation where the minor has been only temporarily and passingly.

32. Second proven fact: the removal of the daughter by her mother to Russia Federation is illicit. In fact, the case known by the court of the Judicial district of Dzerzhinsky which ended up with the October 27th 2016 resolution is included in the course of the article 3 of The Hague Convention of 1980 which was mentioned above, so the contracting states' authorities (Spain and Russia Federation) should cooperate and guarantee the prompt return of the minor to the country where she has her family home (Spain), where she has the center of gravity in her life and her personal and family roots.

33. Third proven fact: the removal of the daughter by her mother to Russia Federation does not count with the father's approval, neither express or tacit. Following the indications written in article 3 and 5 of The Hague Convention (1980), in the letter b), it can affirm that the father's right of custody, which was exercising effectively in Spain, together with the mother, has been violated, after the illicit transfer of the child to Russia Federation. This means a flagrant attempt against the father's right relating to the care of the person of the child and, in particular, the right to determine the child's place of residence (Article 5.a of the Convention). Situation which is even more aggravated because the mother never informed the father about their daughter's move, which is a very serious fact.

¹⁸ Although sometimes it is conflictive, as is the case with the doctrine established by the Court of Justice of the European Union -CJEU- and the European Court of Human Rights -ECHR-.

¹⁹ Vid. *supra*, int.

²⁰ Vid. also, M. MONTÓN GARCÍA: *The abduction of minors by their own parents*, Valencia, ed. Tirant Lo Blanch, 2003, *passim*.

34. Fourth proven fact: the father has been correctly meeting his custody's obligations²¹. This is confirmed by the resolution of the Court of the Judicial district of Dzerzhinsky, concluded October 27th, 2016:

“The defendant claims that the father, ..., did not exercise his custody's right at the moment of the removal, but this argument has not been demonstrated by the defendant neither proven at court. Aside from the defendant's verbal explanations, who is interested in obtaining the most advantageous result for her, no other objection or evidence have been submitted. Not only that, but the defendant also argument has been rejected by the evidence, which were submitted by the plaintiff. These evidence prove the right compliance of his custody's obligations with the minor, including materials as videos and pictures.”

35. Fifth proven fact: the best interest of the minor demands her immediate return to Spain, the country where she has her habitual residence. The Hague Convention of 1980, which links to Spain and the Russia Federation²², makes concrete the best interest of the minors (supreme guide of action of the States authorities) with the immediate return of the minors who are victims of an illicit abduction of the habitual residence²³.

36. For all the arguments mentioned above and bearing in mind that from the moment the mother moved, illicitly, to Russia Federation with the minor, less than a year has gone by, it is appropriate the immediate return of the child to Spain²⁴. In this way, article 12 of The Hague Convention (1980) in the first paragraph:

“Where a child has been wrongfully removed or retained in terms of Article 3 and, at the date of the commencement of the proceedings before the judicial or administrative authority of the Contracting State where the child is, a period of less than one year has elapsed from the date of the wrongful removal or retention, the authority concerned shall order the return of the child forthwith”²⁵.

III. Incorrect implementation of the exception written in the Article 13.B of the hague convention (1980)

37. The previous juridical consequence only could be demurred if some of the suppositions indicated in the article 13 and 20 of The Hague Convention are fulfilled. From among them, the court of the Judicial district of Dzerzhinsky, in its resolution concluded October 27th, 2016, has used the supposition

²¹ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ: *Visiting Rights and Hague Convention on the Civil Aspects of International Abduction of Minors: The Spanish practice*, http://dspace.usc.es/bitstream/10347/7842/1/pg_257-278_dereito14-2.pdf, 2005. Accessed on 30.01.2019.

Is also available: GONZÁLEZ VICENTE: “Sustracción internacional de menores: interpretación del derecho de custodia en el sistema jurídico español: En relación con el Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 11, 2007; C. HAMILTON and M. EVERALL, *International Child Abduction*, Londres, 1994.

²² I. F. FLETCHER, *Conflict of Laws and European Community Law; with especial reference to the Community Conventions on Private International Law*, Amsterdam, 1982, pp. 22 ss.

²³ The illicit removal of the child to the Russia Federation, not only violates the right of custody of the father, but what is more serious, also violates the normal emotional, familiar, psychological, affective and educational development of the minor: in effect, the mother has moved her illicitly interrupting the school year (April 2016), she has removed her from her social and familiar environment (her paternal grandparents also live in Seville), she has separated her from her father, with whom she has an excellent relationship, and she tries to force *de facto* her rooting in the Russia Federation, by winning time fraudulently which should not be admitted by that country's authorities.

²⁴ S. GARCÍA CANO: *International cooperation between authorities in the framework of the protection of minors in Spanish private international law*, 2002, accessed on 02.02.2017: <http://helvia.uco.es/xmlui/bitstream/handle/10396/405/13208299.pdf?sequence=1>. Córdoba University, Faculty of Law.

²⁵ A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ: «Problemas del secuestro internacional de menores», *Actualidad Civil*, nº 21, 1998, pp. 481-527; M. CALVO GARCÍA: «La protección del menor y sus Derechos», *Derechos y Libertades. Revista del Instituto de Bartolomé de las Casas*, oct. 1993-marzo 1994, pp. 177-199; or J. MASSON, R. BALLEY-HARRYS, R. PROBERT: *Principles of Family Law*, Sweet & Maxwell, 6th ed., Londres, 1997, *passim*.

established in the article 13.b to declare the unadmission of the complaint presented by the father. Notwithstanding the provisions of the Article, the authority of the requested State (Russia Federation) is not bound to order the return of the child (the daughter) if the person who opposes the return establishes that²⁶:

“b) There is a grave risk that his or her return would expose the child to physical or psychological harm or otherwise place the child in an intolerable situation”.

38. Well then, in the following lines it will be proved that this rule cannot be applied to our case, therefore, the immediate return of the child to Spain, continues being obligatory. There are several reasons for what not to apply the exception established in the article 13.b of The Hague Convention.

39. The first reason, from a procedural law point of view, the article 13 of the Convention requires that the person who is opposed to the restitution of the minor *demonstrates* the serious risk in which this one would remain exposed if the minor returns to the country of his or her habitual residence. The resolution of the court of the Judicial district of Dzerzhinsky (Russia Federation) concluded October 27th, 2016, is clear in this aspect: “The obligation to prove the existence of circumstances that prevent the return of the minor relapses on the person who is opposed to the return of the minor”

40. In Spain, country of the habitual residence of the minor, the jurisprudence is also conclusive in this point²⁷. In the case that occupies us, not proof has been demonstrated or given to accredit the above-mentioned serious risk. They are not enough to apply the exception provided in the article 13.b of The Hague Convention. They are just vague, generic and imprecise affirmations. It is required a real and concrete proven activities to generate the definitive conviction of the judge and the parts of the trial. The resolution of the court of the Judicial district of Dzerzhinsky (Russia Federation) concluded October 27th, 2016, doesn't indicate that any evidential procedure has been carried out, and doesn't indicate neither the proofs that have been requested, given or put into practice, in this matter.

41. The second reason, from a substantial perspective, the resolution concluded October 27th, 2016, limits itself to indicate in a vague and imprecise way the following considerations:

42. a) “The daughter's age make her depends on her mother not only psychologically but also physiologically”. From the juridical and scientific point of view, this affirmation is debatable, just because the psychological dependence of the daughter with her mother has not been accredited in any way. This has been pointed in Spain, the daughter's country of residence, by the Circular 6/2015 de la Fiscalía General del Estado: with these allegations, the general rule should be to deny the application of this exception, otherwise, we would be allowing to the one who commits the illicit action and who dominates the situation and can avoid the damage, to success under that situation.

²⁶ The full content states:

“Notwithstanding the provisions of the preceding Article, the judicial or administrative authority of the requested State is not bound to order the return of the child if the person, institution or other body which opposes its return establishes that -

a) the person, institution or other body having the care of the person of the child was not actually exercising the custody rights at the time of removal or retention, or had consented to or subsequently acquiesced in the removal or retention; or
b) there is a grave risk that his or her return would expose the child to physical or psychological harm or otherwise place the child in an intolerable situation.

The judicial or administrative authority may also refuse to order the return of the child if it finds that the child objects to being returned and has attained an age and degree of maturity at which it is appropriate to take account of its views.

In considering the circumstances referred to in this Article, the judicial and administrative authorities shall take into account the information relating to the social background of the child provided by the Central Authority or other competent authority of the child's habitual residence”.

²⁷ Order of Audiencia Provincial de Baleares (section 4^a) n° 229/1999 concluded on June 6th, and order of Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (section 1^a) n° 415/2007, concluded in November 27th.

43. b) Quite the opposite happens in this case: The resolution of the Court of the Judicial district of Dzerzhinsky demonstrates as a proven fact (4, *supra*) that the daughter has a closer relationship with her father, who is exercising his custody's right correctly which can be materially proven with the pictures and videos submitted in the claim.

44. c) There is also no explanations or proof about why the daughter depends on her mother physiologically, considering the international jurisprudence (for example, Judgement Court of Justice of the European Union of December 22nd, 2010, above mentioned), the mother's physiologically dependence can only exist in the case the minor was still nursing, which is not happening in our actual case. WHO/OMS has established as recommendation to breast-feed exclusively during six months, and after that, the introduction of suitable food, keeping the nursing up to two years in general²⁸. In our actual case, the minor X- stopped nursing months ago, therefore, the physiologically dependence of the daughter with her mother has not been accredited; this leads to the conclusion that the dependence exists of any of the progenitors, -father or mother- for example, in everything related with garment, education, nutrition, leisure, rest time, personal care, medical care, etc. To claim that all of these obligations can only be done by the mother, is a clear sex discrimination against the father which it is prohibited in The Universal Declaration of Human Rights (article 2) adopted by General Assembly of the United Nations on 10 December 1948, and in the International Covenant on Civil and Political Right adopted by the General Assembly of the United Nations on 19 December 1966.

45. d) Finally, the Court of the Judicial district of Dzerzhinsky, in its resolution concluded October 27th, 2016, refers to the Declaration of the Rights of the Child (1959)- principle VI- to establishes that a child of tender years shall not be separated from his mother. But this reference cannot be admitted, first because that principle admits exceptions. Secondly because these exceptions need to be defined in legislative texts, like The Hague Convention of 1980 which contemplates custody only for one of the progenitors (in this case the father). Third, in case of conflict between both normative instruments, The Hague Convention of 1980 is legally binding for the contracting states, however, the Declaration of 1959 is just a general policy statement. Also, the Convention is later in date than the declaration, therefore takes precedence over that one. (Vienna Convention on the law of treaties signed at Vienna 23 May 1969 – article 30.3, being States parties Spain and Russia Federation).

46. From a finalist perspective, as three reason, at no time it has there been an accreditation about the grave risk that the return would expose the daughter to physical or psychological harm or otherwise place the child in an intolerable situation. (The Hague convention of 1980- article 13.b). These are situations to apply only at exceptional cases and following strict guidelines of interpretation. (Ex.: order of the Audiencia Provincial de Barcelona [Sección 18^a], n° 91/2006, de 4 de abril, y n° 54/2012, de 13 de marzo; and order of the Audiencia Provincial de Guipúzcoa [Sección 2^a] n° 2086/2005, de 14 de septiembre). The order of the Audiencia Provincial de Las Palmas (Section 3^a) n° 69/2009, de 10 de marzo, declares that it would be necessary to accredit that, in the case the return is authorized, the minors are in a grave risk situation , for example because they may be treated roughly or they may be subjected to sexual abuse, or they may be at mercy of an irresponsible person or with a person who gives the child a bad example (delinquency, alcoholism, drugs...). In this actual case of conflict, this situation it not happening, in fact, it has been accredited that the father is an exemplary father.

47. In addition, the situation of risk must be objetivable, (Order Audiencia Provincial de Tarragona n° 82/2005, de 3 de mayo) y *and the risk must be high or serious* (Auto de la Audiencia Provincial de Lugo [Section 1^a], n° 272/2005, July 18th). In conclusion, it is necessary the existence of serious evidence of that possible contingency (Auto Audiencia Provincial de Lérida [Section 2^a] n° 10/2012, January 27th). In our case, we do not have those signs²⁹.

²⁸ https://www.who.int/health-topics/breastfeeding#tab=tab_1, online 06.12.2023.

²⁹ Which have been masterfully treated by B. GÓMEZ BENGOCHEA: *Civil Aspects of International Child Abduction*:

48. Ultimately, no specific investigations have been done to demonstrate that the return of the daughter to Spain, country where she has her habitual residence, could cause a grave risk or an intolerable situation, even though the Russian Court could have used the opportune mechanisms to prove it. (Ordinanza de la Corte di Cassazione italiana de 5 2011, October 6th). Only indicates -the Russian Court- in a generic, abstract and vague way, that “the return may not guarantee the best interests of the child, neither the mother’s rights”. These types of allegations do not prove anything”. (Cour d’Appel de Paris, 2005, October 27th)³⁰.

49. a) In this particular case, the interest of the minor has not been specified. That interest cannot be the mother’s interest, who wrongly removed the child to the Russia Federation. The paragraph 29 of the explanatory report of The Hague Convention which insists on applying the exceptions (article 13) considering only the child’s interest, in this particular case, the daughter’s interest, not the mother’s interest or the father’s interest³¹. The interest of the minor is in Spain since she was born, she has roots only in Spain because is the country where she goes to school (in an Infant and primary education center), where she has guaranteed the universal health coverage through a permanent medical insurance, where she has her friends acquaintances, where she lives with her paternal grandparents, where she has her family home... The resolution of the Russian Court expressly recognizes “the wrongful removal of a child from the place of usual residence doesn’t meet the minor’s interests and it can be more traumatic”.

50. b) Among the arguments, it was argued that the resolution only protect the mother’s rights, because if so, we will be ignoring the father’s rights, and the need to be treated equally. It is about to protect the child’s rights³²; as demonstrated, the best guarantee for it is returning the child to Spain immediately.

51. Those are the three reasons for what not to apply the exception established in the article 13.b of The Hague Convention, the facts to apply this exception are not met from the procedural law point of view, neither from the material or teleological point of view. Therefore, the Russia Federation authorities shall order the immediate return of the child: the daughter X to her habitual residence country. Otherwise, the right of custody of the father would be infringed and even more seriously: also, the normal emotional, familiar, psychological, affective and educational development of the minor.

IV. The difficulties of jurisprudential dialogue

52. We thus arrive at the point where the jurisprudential debate remains open, because one of the most pressing difficulties was to safeguard the exception of art. 12 CLH. The Spanish Constitutional Court had just ruled on this content, we mean that the referenced matter was still *sub iudice*, in St. núm. 16/2016, February 1.

53. The Explanatory Memorandum of Convention responds to the desire “to protect the minor, at the international level, from the harmful effects that could be caused by an illicit transfer or retention and to establish procedures to ensure the immediate return of the child. minor to the State in which he has his habitual residence, as well as to ensure the protection of the right of access”. In line with this, art. 1 establishes that: “The purpose of this Convention shall be the following: a) To ensure the immediate return of minors unlawfully transferred or retained in any Contracting State. b) To ensure that the custody and access rights in force in one of the Contracting States are respected in the other Contracting States”³³.

Problems of Implementation of the Hague Convention of 25 October 1980, Madrid, ed. Dyckinson, 2002. And at France, M. SUMAMPOUW, *Les nouvelles Conventions de La Haye. Leur application par les juges nationaux*, t. V, T.M.C. Asser Institut., 1996.

³⁰ In the same way, Audiencia Provincial de Madrid, in its resolution (Section 22) n° 187/2005, September, 5.

³¹ E. PÉREZ VERA, cit., *supra*.

³² A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, last cit., p. 562.

³³ STC 16/2016.

54. We have been aware, throughout this case and this research work, that the main difficulties arise in relation to the different regulations and the radical and contrary position of the judicial interpreter in the Russian Federation. But we understood - and we think so now - that the guiding criteria of the Hague Convention, given that Russia had acceded in 2016, had to be applied rigorously.

55. Therefore, the judicial resolution of TC clarifies that the Convention “arbitrates a procedure whose duration should not exceed six weeks (art. 11), which seeks, simply, the return of the illegally transferred minor, but without the decision adopted in this procedure affecting the substance of the custody rights that the minor can be held (art. 19). It follows that we are faced with a process of urgent processing and of a summary or provisional nature, since the resolution issued does not prejudge the custody rights over the minor, which must be elucidated in another process and by the Court that is competent in each case” (STC 120/2002, of May 20 (LAW 5839/2002), FJ 4).

56. Also the European Court of Human Rights, in jurisprudence subsequent to the ECHR (Grand Chamber) of 6 July 2010 (case of Neulinger and Shuruk v. Switzerland), which required an in-depth examination of the entire family situation (paragraph 139; STEDH (Third Section) of December 6, 2007, case of Maumousseau and Washington v. France, paragraph 74), has considered that a harmonious interpretation of the 1980 Hague Convention and the right to respect for private life and family, art. 8 CEDH (LAW 16/1950), provided that the following two conditions are met. Firstly, that the factors that may constitute an exception to the immediate return of the child in application of arts. 12, 13 and 20 of the Hague Convention, particularly when invoked by one of the parties, are actually taken into account by the requested court. This court must adopt a sufficiently reasoned decision on this point, allowing the Court to verify that these issues have been examined effectively. Secondly, these factors must be evaluated in light of Article 8 of the European Convention, citing the S TEDH (Grand Chamber) of July 6, 2010, Neulinger and Shuruk v. Swiss; (Grand Chamber) of November 26, 2013, case c. Latvia, paragraph 106; July 1, 2014, Blaga v. Romania, paragraph 69 and April 28, 2015, Ferrari v. Romania, paragraph 47”.

57. It is not strange that this led to some author, judge and investigator³⁴, and in the words of the most recent doctrine, “the best interest of the minor in its projection in the right of custody, is protected in the legal system both by civil and by criminal means, with civil means used preventively to avoid consequences as serious as the commission of a crime of child abduction, taking into account that the main person harmed by these behaviors will always be the minor, regardless of the fact that in the majority In these cases, one of the parents alleges that no custody regime is being violated, but rather that what is being done is to protect the minor from the other parent. It is not necessary to resort to such drastic decisions that in many cases also motivate non-compliance with judicial resolutions. Whenever it is observed that one of the parents could be committing acts that allegedly constitute crimes against one of the children, they can resort to the criminal jurisdiction in order to protect the minors, not as an instrument to evade compliance with a judicial resolution that is not in accordance with the wishes of a parent. It is necessary to remember that, although parental authority is configured as a right, it is also a duty, a duty that entails the protection of minors, avoiding harm to them, harm that is undoubtedly caused when they are deprived of their right to interact with the other parent. by changing place of residence. The analysis of all current regulations and jurisprudence makes the analysis of these issues easier, through a global vision, even in the matters that arise in the mixed bodies and courts of first instance that know this matter, in order to resolve with a complete knowledge of the consequences that the improper exercise of custody rights can entail and try to prevent the negative consequences that this has for minors from the beginning.

58. The most recent jurisprudence on art. 13 b) offers the essential elements that must be assessed in each case so that this exception can be applied. Only through these adjustment mechanisms can the application of the Convention, at this point, be brought closer to principles of material justice.

³⁴ M. E. SANCHO HERRERA. “Sustracción de menores. Aspectos civiles y penales (1)”, *Diario La Ley*, núm. 10391, Secc. Trib., 20.11.2023., p. 1/19.

59. The key judicial resolution³⁵, which in turn refers to *Re M (Abduction: Zimbabwe)* [2007] 3 WLR 975, is 10.07.2020, NIFam 9, from the High Court of Justice in Northern Ireland applying European jurisprudence, determines³⁶:

“[16] In this case the exception referred to in Article 13(b) of the Convention was the critical point at issue. All counsel accepted that this exception requires a high level of proof as articulated in the various authorities and that the burden lies on the person opposing return to substantiate the exception. I also bear in mind that there is a residual jurisdiction not to order return depending on the circumstances of a particular case. This flows from the House of Lords decision of *Re M (Abduction: Zimbabwe)* [2007] 3 WLR 975. [17] The test in relation to grave risk that was set out in the arguments emanates from the case of *Re E (Children)* [2011] EWLR from paragraphs [32] to [36] as follows:

60. “32. First, it is clear that the burden of proof lies with the person, institution or other body which opposes the child’s return. It is for them to produce evidence to substantiate one of the exceptions. There is nothing to indicate that the standard of proof is other than the ordinary balance of probabilities. But in evaluating the evidence the court will of course be mindful of the limitations involved in the summary nature of the Hague Convention process. It will rarely be appropriate to hear oral evidence of the allegations made under Article 13(b) and so neither those allegations nor their rebuttal are usually tested in cross-examination.

33. Second, the risk to the child must be grave. It is not enough, as it is in other contexts such as asylum, that the risk be real. It must have reached such a level of seriousness as to be characterized as grave. Although grave characterizes the risk rather than the harm, there is in ordinary language a link between the two. Thus a relatively low risk of death or really serious injury might properly be qualified as grave while a higher level of risk might be required for other less serious forms of harm.

61. “34. Third, the words physical or psychological harm are not qualified. However, they do gain colour from the alternative or otherwise placed in an intolerable situation. As was said in *Re D* [2007] 1 AC 619 at para 52:

‘Intolerable is a strong word, but when applied to a child must mean a situation which this particular child in these particular circumstances should not be expected to tolerate.’

62. Those words were carefully considered and can be applied just as sensibly to physical or psychological harm as to any other situation. Every child has to put up with a certain amount of rough and tumble, discomfort and distress. It is part of growing up. But there are some things which it is not reasonable to expect a child to tolerate. Among these, of course, are physical or psychological abuse or neglect of the child herself. Among these also, we now understand, can be exposure to the harmful effects of seeing and hearing the physical or psychological abuse of her own parent. Mr X accepts that, if there is such a risk, the source of it is irrelevant, for example where a mother’s subjective perception of events leads to a mental illness which could have intolerable consequences for the child.

63. “35. Fourth, Article 13(b) is looking to the future: the situation as it would be if the child were to be returned forthwith to her home country. As has often been pointed out, this is not necessarily the same as being returned to the person, institution or other body who has requested her return, although of course it may be so if that person has the right so to demand. More importantly, the situation which the child will face on return depends crucially on the protective measures which can be put in place to secure that the child will not be called upon to face an intolerable situation when she gets home. Mr X accepts that if the risk is serious enough to fall within Article 13(b) the court is not only concerned with the child’s immediate future, because the need for effective protection may persist”.

³⁵ Case Law, Family Division, [2020] NIFam 9, KEE11284.

³⁶ Sects. 16 and 17.

64. “36. There is obviously a tension between the inability of the court to resolve factual disputes between the parties and the risks that the child will face if the allegations are in fact true. Mr X submits that there is a sensible and pragmatic solution. Where allegations of domestic abuse are made, the court should first ask whether, if they are true, there would be a grave risk that the child would be exposed to physical or psychological harm or otherwise placed in an intolerable situation. If so, the court must then ask how the child can be protected against the risk. The appropriate protective measures and their efficacy will obviously vary from case to case and from country to country. This is where arrangements for international co-operation between liaison judges are so helpful. Without such protective measures, the court may have no option but to do the best it can to resolve the disputed issues”.

V. Concluding notes

65. Both the investigation and the forensic practice in the field of child abduction, regardless of its civil and criminal effects, allow us to elucidate that there are two components that are the ones that most emphatically act for the arguments of the judicial claim and its response: We refer to the concept of housing or habitual residence, on the one hand, and, on the other, to the exception of art. 13, which thus becomes the entry point for the protection of the States to the national person to legitimize that the immediate return of minors does not occur.

66. Habitual residence is specified in the place of the “social center of life” or “place where the interested party has voluntarily established his permanent center of interests on a stable basis.” The habitual residence of a person is the place where they have the permanent or habitual center in which their interests are located (STJUE November 25, 2021, C-289 / 20, IB vs. FA, FD 38. It is a matter of fact that represents a “real, objective, serious and effective link with the territory of the State...”. And it is, in short, made up of two elements: it is made up of two elements: (a) the will of the interested party to fix the habitual center of his interests in a certain place and (b) a presence that has a sufficient degree of stability in the territory of the Member State in question (STJEU November 25, 2021, C-289/20, IB vs. FA, FD 57).

67. Regarding art. 13 b., at first, it is clear that the burden of proof lies with the person, institution or other body which opposes the child’s return. It is for them to produce evidence to substantiate one of the exceptions. There is nothing to indicate that the standard of proof is other than the ordinary balance of probabilities.

68. An important fact -as second- is that the risk to the child must be grave. It is not enough, as it is in other contexts such as asylum, that the risk be real. It must have reached such a level of seriousness as to be characterized as grave. Although grave characterizes the risk rather than the harm, there is in ordinary language a link between the two.

69. Third, the words physical or psychological harm are not qualified: “Intolerable is a strong word, but when applied to a child must mean a situation which this particular child in these particular circumstances should not be expected to tolerate”, says CJUE.

70. So, article 13(b) is looking to the future: the situation as it would be if the child were to be returned forthwith to her home country. There is obviously a tension between the inability of the court to resolve factual disputes between the parties and the risks that the child will face if the allegations are in fact true.

71. But, and as we said at the beginning, Law is more a science of problems than of solutions. Therefore, its preventive scope is, certainly, scarce.

Litigios sobre difamación por internet. Comentarios a la SAP Madrid 10 febrero 2023: Competencia y Ley aplicable ¿vale el silencio más que mil palabras?

Internet defamation litigation. Comments on the SAP Madrid 10 February 2023: Jurisdiction and applicable Law, is silence worth a thousand words?

SILVIA RECUENCO PÉREZ

*Abogada. Profesora Asociada Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid*

Recibido: 15.12.2023 / Aceptado: 17.01.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8454

Resumen: Los litigios sobre difamación cometidos en Internet presentan mayor complejidad que los cometidos por medios tradicionales. Entre otras cosas, porque los contenidos difamatorios pueden ser accesibles desde cualquier lugar del mundo. La ubicuidad de estos ilícitos afecta a cuestiones importantes de Derecho Internacional Privado, como es el hecho de que el demandante tiene hasta cuatro posibilidades de elegir foro. De esa elección dependerá que el juzgador pueda conocer sobre todos los daños sufridos en el mundo o sólo pueda resolver respecto de los daños causados en su territorio. Además, la elección del tribunal competente según un foro u otro condicionará al juzgador a estimar o desestimar las acciones de cesación. Así las cosas, el tribunal del país donde el actor decida presentar la demanda debe aplicar su propia norma de conflicto para determinar la ley aplicable al fondo del asunto. Esta ley resolverá cuestiones como la legitimación o la caducidad de la acción. Sobre estas cuestiones, la resolución comentada poco o nada trata.

Palabras clave: Difamación por Internet, obligaciones extracontractuales, Art 7.2 Reglamento Bruselas I bis, art 10.9.I CC, centro de intereses principales de la víctima.

Abstract: Defamation litigation on the Internet is more complex than in traditional media. Among other things, because defamatory content can be accessible from anywhere in the world. The ubiquity of these torts affects important issues of private international law. For example, the plaintiff has up to four choices of forum. It depends on this choice whether the court can hear all damages suffered in the world or whether it can only decide on damages caused in its territory. In addition, the choice of the competent court, according to one forum or another, will condition the judge to estimate or dismiss the actions for injunctive. Therefore, the court of the country where the complainant decides to sue, must apply its own conflict rule to determine the applicable law to the merits of the case. This law will resolve issues such as active legitimacy or expiration of the action. The decision under comment does not address these issues. When it does, it does so erroneously.

Keywords: Internet defamation, non-contractual obligations, Art 7.2 Brussels Ia Regulation, Art 10.9.I CC, victim's center of main interests.

Sumario: I. Consideraciones previas II. Hechos y argumentos jurídicos. III. Competencia judicial internacional. 1. Primacía del Derecho europeo 2. Foros en casos de difamación por internet 3.

Carácter residual del Art. 22 quinquies LOPJ IV. Ley aplicable. 1 Legitimación activa 2. Caducidad de la acción V. posibles soluciones al supuesto enjuiciado. VI. Conclusiones.

I. Consideraciones previas

1. Internet es, hoy día, una herramienta esencial que facilita la vida de casi todas las personas. Sin embargo, también fomenta la comisión de ilícitos en el «ciberespacio» con mayor facilidad e impunidad que si se cometieran fuera de la Red.

2. Con esta premisa nos centramos en los supuestos de difamación cometidas por Internet. En términos generales, los daños en la reputación de las personas son siempre mayores si se cometen por Internet dado el alcance mundial que reviste la información accesible desde la Red. Precisamente, esta realidad y el hecho de que Internet carece de fronteras físicas, generan múltiples problemas jurídicos que requieren la intervención necesaria de normas de derecho internacional privado.

3. Otra cuestión problemática¹ en los casos de difamación por Internet es, la relativa a la responsabilidad en la que incurren los prestadores de los diferentes servicios, que en la mayor parte de ocasiones no tendrán que ver con el contenido de la información que se difunde. Por cuestiones de extensión y dado que no se trata en la resolución que se va a comentar, no se aborda esta cuestión a pesar de la importancia que presenta en nuestros días.

4. La sentencia objeto de comentario, sólo dedica cuatro o cinco párrafos² -de las 17 páginas de las que se compone- a resolver sobre la posible falta de competencia internacional y lo hace, por primera vez, en segunda instancia. Tampoco razona por qué aplica, para resolver sobre el fondo del litigio, la ley española. Se puede afirmar que las cuestiones más interesantes en esta sentencia se encuentran más en su silencio que en las palabras que contiene.

II. Hechos enjuiciados y argumentos jurídicos en ambas instancias

5. En la sentencia objeto de estudio³ la demandante es la Sociedad Española de Psiquiatría, persona jurídica (en adelante SEP). Interpone demanda en defensa del derecho al honor por contenido publicado en Internet contra dos personas jurídicas. De las dos demandadas, una de ellas, Comisión Ciudadana de Derechos Humanos de España (en adelante CCDH), tiene sede social en España, en concreto en Madrid. La otra persona jurídica, Citizen Commission on Human Rights (en adelante CCHR), tiene sede social en California (EEUU).

6. En la demanda se solicita la tutela del derecho al honor de sus miembros, psiquiatras españoles, que soportan actos de difamación⁴. La demandante entiende que estos hechos, que constan en diversos videos, folletos y post de las páginas web de cada una de las demandadas, lesionan el derecho al honor de los miembros de la sociedad actora. Sostienen, además, que la difusión y puesta a disposición de estos materiales en sus páginas web no puede quedar amparada ni en el derecho a la información ni en el derecho a la libertad de expresión, afirmación que fundamentan, exclusivamente, en el derecho español.

¹ N. BELLOSO MARTÍN, “Los derechos de autor en la sociedad tecnológica: contenido, tutela y límites” capítulo II en “La Propiedad Intelectual en la era digital. Límites e infracciones a los derechos de autor en Internet”. Director R. M. MATA Y MARTÍN 1ª Edición, febrero 2011. La ley. Pág. 85.

² Fundamento de Derecho cuarto de la sentencia comentada, pág. 6.

³ SAP Madrid, sección 10 febrero 2023. ECLI:ES: APM: 2023:2405

⁴ En su FJ Primero, pág. 3, explica la sentencia que consideran vulnerado su derecho al honor al atribuirles hechos falsos y deshonrosos. En concreto alegan: promover el holocausto nazi, la discriminación racial, o la drogodependencia entre menores, así como actos vejatorios dado que difunden calificaciones con agravios e insultos (detallan que les llaman violadores, patrocinadores de terrorismo internacional o propagadores de la drogodependencia).

7. Conforme a lo que consta en los antecedentes de hecho de la sentencia, la demandante ejercita acciones de cese inmediato en la intromisión ilegítima del derecho al honor de los psiquiatras pertenecientes a la SEP y solicita, además, la adopción de una serie de medidas que, básicamente, se refieren a la retirada y destrucción de las publicaciones, sus copias y cualquier soporte en el que estén almacenadas. Sin embargo, no se ejercita acción para reclamar indemnización por daños y perjuicios.

8. Las dos demandadas, por su parte, se oponen a la demanda y alegan, por una parte, falta de legitimación activa de la SEP ya que, según sostienen, no gozan de un derecho propio para demandar en nombre de la totalidad de psiquiatras. Por otra parte, aducen la existencia de caducidad de la acción con base en el art. 9.5 de la LO 1/1982⁵. Como es de sobra conocido, ambas cuestiones dependen de la ley aplicable al fondo, pero ¿Cómo se llega a la aplicación de la ley española como rectora del fondo y no otra? ¿Cuál es la norma de conflicto aplicable para determinarla? Es más ¿Con base a qué norma y a qué foro internacional se declara competente el tribunal español que debe resolver sobre el fondo?

9. El Juzgado de Primera Instancia nº 59 de Madrid, dictó sentencia en fecha 19 de noviembre de 2021 por la que estima la demanda íntegramente. Se desconoce si en esa resolución se argumenta sobre alguna de las cuestiones planteadas en el párrafo anterior.

10. Contra esta resolución se alzan las demandadas planteando recurso de apelación. Los fundamentos del recurso son los siguientes: Primero: Falta de legitimación activa de la demandante; segundo: caducidad de la acción; un sorprendente, por extemporáneo, motivo tercero: falta de competencia judicial internacional y, por último; una incongruencia *extra petita*, ya que entendían que en el fallo se tienen en consideración todos los folletos incluidos en las webs de cada demandada y no sólo los que se hacían referencia en la demanda. En este trabajo nos vamos a centrar, en exclusiva, sobre las cuestiones que atañen a la competencia judicial internacional y ley aplicable en litigios sobre difamación cometidos por Internet.

III. Competencia judicial internacional en litigios por difamación cometida por Internet: Hay vida más allá de la LOPJ

11. Tratándose de un litigio que ha llegado a un juez europeo la primera incógnita a resolver es si este órgano ostenta competencia o no.

1. Primacía del derecho de la unión europea y el Reglamento Bruselas I bis

12. Dentro de la Unión Europea, en materia de obligaciones extracontractuales, el instrumento que resulta aplicable es el Reglamento Bruselas I bis⁶ (en adelante RBI-Bis) consecuencia de la primacía del derecho europeo.

13. Parece una obviedad, pero no es extraño encontrar sentencias que ignoran la primacía del RBI-Bis sobre la LOPJ⁷. Para que eso no suceda, es primordial⁸ el análisis previo de los cuatro ámbitos

⁵ Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. «BOE» núm. 115, de 14 mayo 1982 BOE-A-1982-11196

⁶ Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del consejo, de 12 de diciembre de 2012 (Reglamento Bruselas I bis) relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición)

⁷ En este sentido, y en relación con este Reglamento, lo advierten los profesores A. L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZALEZ, en “*Tratado de Derecho Internacional Privado*”, Tomo III, Edición 2020, Tirant Lo Blanch, Valencia, página 3658. citando las siguientes resoluciones como ejemplo de errores judiciales que aplican la LOPJ en lugar del Reglamento: SAP Lugo 27 septiembre 2012, ECLI: ES: APLU:2012: 777; SAP Las Palmas 30 junio 2008 ECLI:ES: APGC:2008:2082; SAP Asturias 10 febrero 2012, ECLI:ES: APO:2012:283; o SAP Lleida 3 abril 2000, ECLI: ES:APL:2000:260.

⁸ Además de asumir por los operadores jurídicos, de una vez, la existencia preferente de Reglamentos europeos y Convenios

de aplicación⁹ de cada Reglamento, en este caso, RBI-Bis. Tras este análisis preceptivo al caso concreto, podemos afirmar que se cumplen los cuatro ámbitos de aplicación respecto de la asociación española demandada (CCDH).

14. Más dudas puede generar esta afirmación respecto de la asociación con sede en California (CCHR). En este caso concreto podríamos pensar que no se cumple el ámbito de aplicación personal pues el demandado tiene el domicilio en un tercer Estado, sin embargo, se debe tener en cuenta el hecho de que esta norma supranacional establece dos excepciones a la regla general que exige el domicilio del demandado en un Estado miembro. Primera excepción: que se trate de materia objeto de un foro exclusivo (art 24 RB I bis). Segunda excepción: La existencia de una sumisión expresa o tácita (Arts 25 y 26 RB I bis). Con esta premisa y sólo con los datos que nos proporciona la resolución comentada, se nos plantean dos escenarios posibles.

15. Un primer escenario se produciría si presumimos la existencia de una sumisión tácita de la asociación californiana dado que no se impugna la competencia en primera instancia. Así se puede deducir del fundamento jurídico cuarto cuando afirma *“así pues, al abordar el recurso de apelación nos encontramos que, guardando silencio en la primera instancia se ha venido a cuestionar la competencia de la jurisdicción española para pronunciarse sobre las actuaciones de una entidad extranjera (..)”*

16. El art. 26 del RBI-Bis regula la competencia de los tribunales de los Estados miembros ante los que comparezca el demandado sin impugnar la competencia. Si esto fue así, no cabe en segunda instancia alegar una presunta incompetencia internacional si se aceptó voluntariamente en la primera. Para poder alegarlo como motivo, el demandado debiera haber impugnado la competencia mediante declinatoria internacional en los plazos fijados en el art. 64 LEC. De la información que facilita la sentencia no se puede extraer con certeza si el demandado aceptó la competencia o simplemente se silenció la cuestión. En este último caso, el TJUE¹⁰ ha interpretado que no podríamos hablar de sumisión tácita conforme al art. 26 RB-IBis.

17. Así llegamos al segundo escenario: no existe sumisión tácita, en cuyo caso, no podemos aplicar el RBI-Bis ya que el demandado tiene domicilio en un estado no miembro de la UE, (California, EE. UU.). En ese caso, la norma aplicable correcta sería el art. 22 quinquies de la LOPJ, que será analizado al caso concreto más adelante. La competencia conforme a este precepto se puede alegar por las partes en la demanda o contestación, o bien de oficio en primera instancia¹¹.

18. En el escenario uno, aplicamos el Reglamento Bruselas I bis para determinar la competencia respecto de ambas asociaciones demandadas, ya que tiene primacía frente a la LOPJ y existiendo sumisión a España en el ámbito de RBI-Bis, nunca se aplicará nuestra norma de producción interna. En el segundo escenario, cada demandada tiene su propia norma de competencia aplicable en función del Estado de su domicilio. Como veremos, esto tendría sus consecuencias jurídicas.

internacionales en las diferentes materias en las que existe regulación supranacional, pues es un error que afecta, desgraciadamente, a todas las ramas de derecho privado con elemento extranjero. En efecto, en la práctica, es demasiado frecuente encontrar resoluciones en este sentido a pesar del tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de estos instrumentos.

⁹ No sobra recordar que todo Reglamento europeo para ser aplicado requiere del previo análisis de sus cuatro ámbitos: material, espacial, temporal y personal. Este último es el más problemático en el caso de Bruselas I bis, y comprende la necesidad de que el demandado esté domiciliado en un Estado miembro, con las salvedades establecidas en los art. 24, 25 y 26. Puede afirmarse que la Audiencia Provincial no ha hecho este ejercicio previo con un posible error manifiesto en la aplicación de la norma de competencia judicial correcta.

¹⁰ STJUE 11 abril 2019, C-464/2018, Ryanair, FD 40, ECLI:EU:C:2019:311

¹¹ Art. 22 octies LOPJ *“Los Tribunales españoles apreciarán, de oficio o a instancia de parte, su competencia de conformidad con las normas vigentes y las circunstancias concurrentes en el momento de presentación de la demanda”*

2. Posibles foros en litigios por difamación cometida en Internet

A. Foros exclusivos y foros de sumisión

19. El RBI-Bis, con carácter general, contiene cuatro foros jerarquizados y alternativos. El foro jerárquicamente más fuerte se recoge en el art. 24 del RRB I bis, y se refiere a materias objeto de competencia exclusiva. En el caso que comentamos no se trata de ninguno de estos, por lo que pasamos al siguiente foro en jerarquía: sumisión tácita (art. 26) explicada en las líneas anteriores. Cabría también una posible sumisión expresa (art 25) que no es muy frecuente en este tipo de litigios al no existir, como norma general, una relación previa entre las partes.¹²

20. En relación con la sumisión tácita existe discrepancia doctrinal con relación a si es un foro de alcance general o puede también ser territorial.

21. Siguiendo a los profesores ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA Y JAVIER CARRASCOSA GONZALEZ¹³, encontramos a un primer grupo de autores a favor del alcance territorial del foro. Estos basan su argumentación en que el art. 26.1 RB I-bis no se opone, además de que el art. 25. RBI I-Bis lo permite, por lo que debe darse una aplicación analógica del art. 25....al vacío legal que presenta el art. 26.1 en este punto (P. Kaye, S. O'Malley / A. Layton). El TJUE parece compartir esta tesis cuando señala que "... la regla general sobre la prórroga tácita de la competencia del juez al que se ha sometido el litigio..." y no al Estado miembro a cuyos jueces ese ha sometido el litigio¹⁴. Un segundo grupo de autores, por el contrario, entiende que no es posible. Sostiene lo contrario al entender que el art. 26.1 RB I-bis es una "norma pura de competencia judicial internacional" o norma pura de "conflicto de jurisdicciones", y no una norma de competencia territorial (L. Mari, P. Gothot / D. Holleaux). Por ello, las partes pueden acordar, de forma tácita, según el art. 26 RB I-bis, que los tribunales de un concreto Estado miembro conozcan del asunto.

22. En cualquier caso, en los litigios sobre difamación por Internet cuando existe sumisión tácita, el tribunal debería conocer sobre los daños reclamados por el actor en su demanda, de manera que si en esta reclama por todos los ocurridos en el todo el planeta y el demandado acepta, se litiga por los daños ocurridos en todo el mundo. Cuestión diferente será qué daños se consiguen probar dentro del alcance mundial. O que el demandado no lo acepte.

23. Si ninguno de esos dos foros jerarquizados concurre, pueden operar de manera alternativa el foro general del domicilio del demandado (Art 4 R BI-Bis) o, a elección del demandante, el foro especial en materia *delictual* o *cuasi delictual* (Art. 7.2 R BI-Bis).

B. Foro general del domicilio del demandado. Ventajas y desventajas

24. El foro del domicilio del demandado es un foro general que presenta ventajas e inconvenientes. Por un lado, supone alta previsibilidad¹⁵ para conocer el Estado miembro que será competente lo que genera siempre seguridad jurídica para las partes. También es un foro general que, en estos casos, permite declarar competente al tribunal para conocer sobre todos los ilícitos difamatorios que se han

¹² M. CEDEÑO HERNÁN "La tutela transfronteriza de los derechos de la personalidad en la unión europea" Cuaderno de Derecho Transnacional (marzo 2021) Vol 13, Nº 1, pp 114, apartado 19. M. A. MICHINEL ÁLVAREZ "El TJUE y el Derecho Internacional Privado. Ante la digitalización devienes y servicios" Cuadernos de Derecho Transnacional (marzo 2023) Vol. 15, nº 1 pp 593 apartado 34

¹³ A. L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZALEZ, "Tratado de Derecho Internacional Privado", Tomo II, Edición 2020, Tirant Lo Blanch, Valencia, pág. 2579

¹⁴ STJUE 17 marzo 2016, C-175/15, *Taser*, FD 23. ECLI:EU:C: 2016:176

¹⁵ Considerando 15 R B I-bis

generado por su difusión por Internet, aunque el daño se produzca en diferentes países¹⁶. Además, este foro también plantea una ventaja práctica muy importante: llegado el momento de ejecutar la resolución que se dicte será fácil, como regla general, que el demandado tenga sus bienes en el mismo lugar que su domicilio por lo que será más efectiva su ejecución en dicho país. Así se evita acudir a sistemas de validez extraterritorial de decisiones, por sencillas que sean en el ámbito del R BI-Bis.

25. Como contrapartida, plantea como inconveniente la posibilidad de unos costes de litigación muy elevados para la víctima cuando reside en un Estado diferente al del demandado. Además, algunos autores señalan dos obstáculos en su aplicación derivados de las características especiales que plantean los actos difamatorios cometidos por Internet. Una tiene que ver con la dificultad que puede suponer encontrar el domicilio del demandado ya que Internet permite ocultar la identidad de quién realiza actos ilícitos y puede actuar desde diferentes países; A esto se le debe adicionar la falta de eficacia de las acciones de cesación si el servidor en que se aloja el contenido difamatorio está en un país diferente de donde tiene el demandado su domicilio, si se conoce donde reside¹⁷.

C. Foro especial en materia *delictual* o *cuasi delictual*. Contexto del problema jurídico que genera

26. Entramos en la materia más interesante: el art. 7.2 R BI-Bis. Se trata de un foro especial que permite al demandante elegir¹⁸ entre este o el foro del domicilio del demandado¹⁹. En concreto estamos ante un foro especial en materia *delictual* o *cuasi delictual*, es decir, en materia de responsabilidad extracontractual²⁰. Este precepto, literalmente señala: «Una persona domiciliada en un Estado miembro podrá ser demandada en otro Estado miembro (...): en materia delictual o cuasi delictual, ante el órgano jurisdiccional del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso»

27. La complejidad que se plantea en estos casos es saber qué debe entenderse por «lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso» cuando nos encontramos en un supuesto -como son los cometidos por Internet- en el que se cometen los ilícitos a distancia y estos generan daños en diferentes países -daños plurilocalizados-. En este sentido, es clave la evolución jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea²¹ que no viene mal recordar.

C.1. Ilícitos a distancia en términos generales. La tesis de la ubicuidad

28. Existe abundante jurisprudencia del TJUE interpretando el sentido del art. 7.2 RBI-Bis en materia de responsabilidad extracontractual por hechos ocurridos a distancia, sin distinguir si se comete

¹⁶ STJUE 7 marzo 1995, C-68/93 Asunto *Shevill*, ECLI:EU:C:1995:61

¹⁷ A. L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZALEZ, en “*Tratado de Derecho Internacional Privado*”, Tomo III, Edición 2020, Tirant Lo Blanch, Valencia, página, 3601-3602

¹⁸ El Considerando 16 del R BI-Bis establece que “*El foro del domicilio del demandado debe completarse con otros foros alternativos a causa de la estrecha conexión existente entre el órgano jurisdiccional y el litigio o para facilitar una buena administración de justicia. La existencia de una estrecha conexión debe garantizar la seguridad jurídica y evitar la posibilidad de que una persona sea demandada ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que no hubiera podido prever razonablemente. Este aspecto reviste particular importancia en relación con los litigios relativos a obligaciones no contractuales derivadas de vulneraciones del derecho a la intimidad y de los derechos de la personalidad, incluida la difamación.*”

¹⁹ Es considerado un “foro de ataque” al permitir esa elección al demandante.

²⁰ El TJUE ha tenido diversas oportunidades de pronunciarse para interpretar el sentido de “materia delictual o cuasi delictual”. Sostiene que se refiere a toda obligación que no surge de la obligación de una parte frente a otra asumida de manera libre. Es decir, todo lo que esté fuera de la materia contractual, es extracontractual. Por citar algunas: STJUE 28 julio 2016, C-191/15 Amazon, FD 37 ECLI:EU:C:2016:612; STJUE 21 enero 2016, C-359/14 y C-475/14 ERGO *Insurance*, FD 45; STJUE 18 julio 2013, C-147/12 ÓFAB, FJ 32, EU:C:2013:490, entre otras.

²¹ Un estudio muy completo de la jurisprudencia del TJUE en esta materia la encontramos en I. LORENTE MARTÍNEZ, “*Lugar del hecho dañoso y obligaciones extracontractuales. La sentencia del TJUE de 25 octubre 2011 y el coste de litigación internacional en Internet*” Cuadernos de Derecho Transnacional (marzo 2012) Vol. 4 nº 1

por Internet o no. En este tipo de ilícitos, el lugar generador del daño se produce en un país que, generalmente, será distinto del lugar o lugares en el que se materializa el daño causado.

29. Siguiendo esta premisa, es obligado mencionar la sentencia que abrió las puertas a la interpretación actual del art. 7.2 R BI-Bis, en estos casos. Nos referimos a la STJUE de 30 noviembre de 1976 “*mines de potasse*”²². En esta resolución se asienta la «tesis de la ubicuidad», tesis que se mantiene hasta nuestros días. La interpretación que debe darse al art. 7.2 R BI-Bis, siguiendo esta doctrina es, considerar que el «*lugar donde se hubiera producido o pudiera producirse el hecho dañoso*» se está refiriendo tanto al «lugar del hecho causal», como al «lugar donde se produce el daño». El TJUE fundamenta esta tesis alegando que, según los casos, tanto el Estado del «hecho causal» como el del «lugar del daño» presentan la misma proximidad con el litigio de forma que ambos son igualmente previsibles. Además, ambos son útiles para la buena administración de justicia.

30. La admisión de ambos lugares como foros incluidos en el art. 7.2 R B I Bis tiene como consecuencia un alcance asimétrico²³, es decir: si el demandante decide accionar ante los tribunales del Estado miembro del «lugar del hecho causal» en ilícitos a distancia, el tribunal enjuiciador puede conocer sobre los daños producidos en todo el planeta²⁴. Sin embargo, si se demanda en el Estado miembro del «lugar del daño» sólo puede conocer sobre los daños producidos en dicho Estado, de manera exclusiva²⁵. Esto tiene como resultado que la determinación de la ley aplicable dependa de las normas de producción interna de cada país²⁶ que conozca, con la consiguiente relatividad en las soluciones de cada juzgador. Esta cuestión también tiene relevancia y enlaza con los distintivos tipos de acciones que se pueden ejercitar en estos litigios, tal como se explicará un poco más adelante.

31. En los casos de difamación por medios impresos, la determinación del lugar del «acto causal» y del «lugar del daño» es más sencillo de determinar. En relación con el primero («acto causal») en casos de difamación por prensa impresa el TJUE²⁷ ubica el daño en Estado miembro en el que se encuentre el establecimiento del editor pues es donde se introduce la información presuntamente difamatoria. Sin embargo, con relación al «lugar del daño» exige que se den dos circunstancias al mismo tiempo: que sea el lugar donde se ha difundido físicamente la información difamatoria y, además, la víctima debe ser conocida en ese mismo lugar²⁸.

32. Cuando los actos difamatorios se producen por Internet tienen como peculiaridad el hecho de que los contenidos se introducen en la Red y se ponen a disposición del público de manera automática en todo el mundo. En estos casos es complicado determinar el número de visualizaciones o de personas a las que llega la información por lo que la valoración del daño de manera objetiva resulta muy compleja. Precisamente por eso, se entiende que el daño puede ser mucho mayor que cuando se produce por prensa o medios impresos²⁹.

²² STJCE 30 noviembre 1976, 21/76, Minas de Potasio, ECLI:EU:C:1976:166

²³ A. L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZALEZ, en “*Tratado de Derecho Internacional Privado*”, Tomo III, Edición 2020, Tirant Lo Blanch, Valencia, pág. 3621-3622

²⁴ STJUE 7 marzo 1995, *Shevill*, DF 33: “(..)la víctima puede entablar contra el editor una acción de reparación, bien ante los órganos jurisdiccionales del Estado contratante del lugar de establecimiento del editor de la publicación difamatoria, competentes para reparar «la integridad» de los daños derivados de la difamación (..)”

²⁵ STJUE 22 enero 2015, C441/13 *Hejduck*, FD 36-37

²⁶ Como se explica más adelante, la determinación de la ley aplicable a los casos de difamación por internet se rige por la norma de conflicto de producción interna de cada estado al estar excluidos del Reglamento Roma II

²⁷ STJUE 7 marzo 1995, *Shevill*, PD 24 ECLI:EU:C:1995:61 “el lugar del hecho causal (..)sólo puede ser el del lugar del establecimiento del editor de la publicación controvertida, en la medida en que constituye el lugar de origen del hecho dañoso, a partir del cual la difamación se ha manifestado y difundido”;

²⁸ STJUE *Shevill*, FD 29. “En el caso de una difamación internacional a través de la prensa, el ataque de una publicación difamatoria al honor, a la reputación y a la consideración de una persona física o jurídica se manifiesta en los lugares en que la publicación ha sido difundida, cuando la víctima es allí conocida”.

²⁹ STJUE 25 octubre 2011, *eDate/Martínez*, C509/09Y C-161/10, C509/09, FD 45-47; ECLI:EU:C:2011:685

33. Así, por un lado, el lugar del «hecho causal» se debe entender como el lugar donde se decide difundir y donde se introducen los contenidos presuntamente difamatorios en Internet. En el caso comentado sería tanto España como California (USA). Por otro lado, la determinación del «lugar del daño» es más complicado en los ilícitos cometidos a distancia cuando son cometidos por Internet y por ello merece la pena entretenerse, siquiera sucintamente, en cómo ha resuelto esta cuestión el Alto Tribunal europeo.

i. Complejidad para determinar el «lugar del daño» en litigios cometidos por Internet

34. En las lesiones al honor por Internet, no se cumplen los mismos requisitos exigidos para aplicar el criterio de determinación del «lugar del daño» que en los casos relativos a prensa impresa. Entre otras cosas, porque no existe lugar físico de difusión. La consecuencia inmediata es la necesidad de otorgar una interpretación especial, propia y autónoma a este concepto de «lugar del daño».

35. La determinación del lugar del «hecho dañoso» se ha entendido como el lugar donde se introducen los contenidos lesivos en Internet. Se justifica en que es el lugar donde la persona responsable toma la decisión (y la lleva a cabo) de difundirlos en un sitio concreto de la Red³⁰. Por otro lado, el TJUE ha interpretado que el «lugar del daño» en casos de difamación por Internet, se puede producir en dos lugares. Veamos:

36. Primer lugar: puede entenderse que el «lugar del daño» es el Estado miembro en el que se ha publicado el contenido difamatorio o este «sea o haya sido accesible». Es la denominada «**Tesis de la accesibilidad**». Sin embargo, en estos casos, el tribunal sólo es competente para conocer sobre los daños producidos en ese territorio³¹.

37. La tesis de la accesibilidad, en los litigios de difamación por Internet, ha sido criticada pues supone que pueden ser competentes los tribunales de todos Estados miembros dado que el material difamatorio puede ser accesible desde todos los países donde el contenido ha sido publicado. Esto implica que se puede demandar en cada Estado para reclamar el daño producido en cada uno. Es lo que se ha venido a llamar la «teoría del mosaico»³², construida en la STJUE del caso *Shevill* ya citada. Más adelante veremos qué consecuencias tiene esto con relación al tipo de acciones que se ejercitan.

38. Segundo lugar: Tesis del «centro de intereses de la víctima». El TJUE considera que es posible entender como «lugar del daño» el lugar donde la víctima tiene su «centro de intereses»³³. Este puede interpretarse en sentido personal (si la difamación se produce en la esfera personal de la víctima) o profesional (si la difamación se refiere al ámbito laboral)³⁴ y se centra, con carácter general, en el lugar donde la víctima tiene su «residencia habitual».

39. En el contexto de Internet, el TJUE entiende, con acierto, que el art. 7.2 RB I-bis, debe ser adaptado en este tipo de litigios. Así, la víctima de una infracción al derecho de la personalidad cometida

³⁰ A. L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZALEZ, “*Tratado de Derecho Internacional Privado vol III*” Op. Cit. pág. 3630

³¹ Por citar algunas sentencias relevantes donde se sigue este criterio: STJUE 2 octubre 2011 SJTUE *eDate*. C-509/09 C-161/10 ECLI:EU:C: 2011:685 DF 51 Y 52 ; STJUE 3 octubre 2013, c.170/12 *Pickney*. DF 36. STJUE 17 octubre 2017, c-194/16, *Handel*, FD 31-33 SAP Madrid 24 octubre 2011. ECLI:ES: APM: 2011:13719

³² Se puede encontrar un amplio análisis sobre esta teoría en A. L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZALEZ, “*EL derecho internacional privado de la Unión Europea frente a las acciones por daños anticompetitivos*” Cuadernos de Derecho Transnacional (octubre 2018) Vol. 10, N1 2, pp 86 y ss,

³³ STJUE 17 octubre 2017, C-194/19 *Handel*, DF 33 ECLI:EU:C:2017:766

³⁴ En este sentido de Interpretación del centro de intereses de la víctima, A. L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZALEZ, en “*Tratado de Derecho Internacional Privado*”, Tomo III, Edición 2020, Tirant Lo Blanch, Valencia, página,3637. Para profundizar en los fundamentos de esta tesis, ver en esta misma obra, las páginas 3632 a 3638, en las que se detalla un estudio minucioso sobre este foro.

por Internet debe tener acceso a este foro y debe tener la opción de reclamar por la totalidad del daño ante el tribunal de su «centro de intereses».³⁵

40. La doctrina³⁶ ha criticado el carácter amplio de este foro. Entre los argumentos utilizados resulta especialmente interesante el hecho de que, si bien este foro se presenta como el lugar donde se produce un «daño mayor» al ser más conocida la víctima en su lugar de residencia habitual, habrá ocasiones en las que no presente un daño real o este pueda ser insignificante. Pensemos, por ejemplo, en casos en que el material difamatorio se introduzca en la Red en un país con un idioma concreto y minoritario, pero la víctima resida habitualmente en otro Estado en el que se desconozca totalmente ese idioma. El daño potencial en esos casos será mínimo. Igualmente, relevante y criticable resulta el hecho de que, si bien el TJUE estableció la interpretación restrictiva de estos foros especiales, hace lo contrario y realiza una interpretación expansiva,³⁷ admitiendo su poder creador de un nuevo foro de competencia en el ámbito del R BI-Bis.

ii. Problema relativo al demandante perjudicado por difamación realizada en abstracto

41. Una cuestión que lleva a la reflexión jurídica es la siguiente ¿Es posible que el demandante sea una asociación si el contenido difamatorio se dirige a todos los psiquiatras del mundo? ¿Cuál es el centro de intereses de esta asociación?

42. En el caso de la sentencia que comentamos, el material difamatorio se refiere a un colectivo en abstracto, a “los psiquiatras”, es decir, a personas sin concretar. Ante esta situación cabe preguntarse si es posible aplicar la tesis «del centro de intereses de la víctima» cuando no es posible determinar en concreto el centro de intereses de todas las víctimas en abstracto consideradas.

43. La respuesta a este interrogante es negativa y la encontramos en la sentencia del TJUE 17 junio 2021, C-800/19 *Mittelbayerischer Verlag KG contra SM*³⁸ y encontramos la argumentación en sus FD 37 y 38³⁹. En efecto, según esta sentencia, el foro del «centro de intereses de la víctima» sólo podría ser utilizado para conocer por todos los daños ocasionados, únicamente, si el contenido permite identificar, directa o indirectamente, a dicha persona como individuo⁴⁰.

44. En el caso que enjuició la Audiencia Provincial de Madrid objeto de este comentario, los psiquiatras individualmente no están identificados ya que se refiere a todos los psiquiatras en abstracto, por lo que, siguiendo la doctrina *Mittelbayerischer Verlag KG contra SM*, no se podría utilizar el foro del centro de interés de la víctima.

³⁵ STJUE eDate. C-509/09 C-161/10 FD 48; STJUE 17 octubre, C-194/16 *Svensk Handel* FD31-33.

³⁶ A. L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “*Tratado de Derecho Internacional Privado*”, Tomo III, op. Cit pág 368-369. En el mismo sentido se critica por M. CEDEÑO HERNÁN “*La tutela transfronteriza de los derechos de la personalidad en la unión europea*” Cuaderno de Derecho Transnacional (marzo 2021) Vol 13, Nº 1, pp 114, apartado 100-101 y 105

³⁷ I. LORENTE MARTÍNEZ, “*Lugar del hecho dañoso y obligaciones extracontractuales. La sentencia del TJUE de 25 octubre 2011 y el coste de litigación internacional en Internet*” Cuadernos de Derecho Transnacional (marzo 2012) Vol. 4 nº 1 pp 283

³⁸ TJUE 17 junio 2021, C-800/19 *Mittelbayerischer Verlag KG contra SM*, ECLI:EU:C:2021:489

³⁹ Se deja claro en estos fundamentos al señalar: “*Pues bien, la atribución al órgano jurisdiccional del lugar en el que se encuentra el centro de intereses de esa persona de competencia para conocer, por la totalidad del daño alegado, de la acción ejercitada por esta, cuando en dicho contenido no se la menciona nominalmente ni se la identifica indirectamente como individuo, menoscaba la previsibilidad de las reglas de competencia previstas por el Reglamento n.o 1215/2012 y la seguridad jurídica que este pretende garantizar, en particular respecto al emisor del contenido de que se trate*” “*En efecto, este no puede razonablemente prever ser demandado ante esos órganos jurisdiccionales, puesto que, en el momento en que publica un contenido en Internet, no está en condiciones de conocer los centros de intereses de personas a las que en modo alguno se refiere dicho contenido*”.

⁴⁰ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. “*Tribunales competentes en casos de difamación por Internet cuando la víctima es real pero indeterminada: el barco de Teseo se hace al mar*” Accursio DIP-Blog, 1 septiembre 2021

45. Cosa diferente habría sido si el material difamatorio se hubiera materializado en la SEP, que permitiría identificar de forma indirecta a los psiquiatras representados por la asociación. Es una persona jurídica con una sede social perfectamente identificada y donde realizará, previsiblemente, sus actividades principales. Estos datos son los que permitirá a la persona que introduce los contenidos ilícitos en Internet prever el centro de intereses de las asociaciones de este colectivo en caso de que fuera demandado. Cuestión distinta es la legitimación activa para demandar que se analizará a colación de la ley aplicable al fondo del asunto.

iii. Personas jurídicas demandadas y «centro de interés de la víctima»

46. En el caso comentado, las demandadas son personas jurídicas y con relación a estos supuestos se ha planteado la cuestión de si es posible que sean demandadas utilizando el foro de «interés de la víctima». La respuesta es afirmativa y encontramos su base en la sentencia del TJUE de 17 octubre 2017, caso C194/16 asunto *Bolagsupplysningen OÜ, Ingris Ilsja y Svensk Handel AB*⁴¹. En esta sentencia el Alto Tribunal extendió el criterio para acudir al foro del «centro de intereses de la víctima» (*fórum actoris*) a las personas jurídicas cuyos derechos de la personalidad han sido vulnerados por infracciones cometidas por Internet.

47. Esta sentencia se refiere al caso de personas jurídicas que actúa con ánimo de lucro, señalando que su centro de intereses se produce donde lleve a cabo la mayor parte de sus actividades económicas⁴², de manera que, si aquellas se producen en un Estado miembro, este puede ser diferente del estado miembro donde esté su domicilio social. En cualquier caso, no es decisivo el criterio del domicilio para determinar el lugar del centro de intereses⁴³.

48. En la fecha en que se escriben estas líneas no consta que el TJUE se haya pronunciado con relación a esta misma cuestión relativa a personas jurídicas sin ánimo de lucro, pero podría entenderse que es igualmente aplicable encontrando su fundamento en el apartado 38 de la Sentencia *Bolagsupplysningen*, según el cual se justifica la posibilidad de acudir al tribunal del centro de intereses en “*en aras de la recta administración de la justicia y no para proteger específicamente al demandante, tampoco resulta determinante que éste sea una persona física o jurídica*” por lo que usando el mismo razonamiento, será indiferente si la persona jurídica actúa o no con ánimo de lucro para utilizar este foro.

D. Foros generales y territoriales y su vinculación al tipo de acción que se ejercite

49. Como se puede comprobar, cobra especial relevancia la elección del foro por parte del demandante entre las posibilidades que se le ofrecen ya que acudir a uno u otro foro implicará el alcance general o territorial para reclamar el daño. Además, también presenta importancia a este respecto el tipo de acción que se pretende ejercitar. Las posibilidades de estrategia procesal para el demandante en estos litigios, como se puede observar, es muy amplia.

50. El criterio que sigue el TJUE en la sentencia *Bolagsupplysningen vs, Svensk Handel, C-194/16*, es esencial a la hora de diferenciar la extensión general o territorial del tipo de acciones que se ejercitan. En efecto, el TJUE señala que el alcance de las acciones sobre supresión de contenido lesivo o rectificación de información difamatoria o errónea tiene «carácter único e indivisible» por “*la naturaleza ubicua de los*

⁴¹ STJUE 17 octubre 2017, C-194 ECLI:EU:C:2017:766 *Bolagsupplysningen OÜ, Ingris Ilsja y Svensk Handel AB*

⁴² Entiende el TJUE en esta resolución que este es el lugar donde la persona jurídica tiene una mayor reputación comercial y por tanto, debe entenderse tal lugar como el de su centro de actividad principal, apartado 41

⁴³ STJUE 17 octubre 2017, apartado 41 y 42

datos y contenidos en línea en Internet” (apartado 48)⁴⁴ de modo que si se ejercitan estas acciones (como en el caso de la sentencia comentada) sólo podrá conocer sobre estas acciones el tribunal que ostente una competencia general para conocer sobre la totalidad del daño causado pero no si ostenta sólo competencia territorial. En términos semejantes resuelve la STJUE 21 diciembre 2021, C-251/20, *Gfflix*.⁴⁵

51. Ergo si se presenta una demanda de este tipo ante un tribunal con competencia únicamente territorial, no debería poder dictar una sentencia estimatoria de la demanda en ejercicio de este tipo de acciones.

52. Otra cuestión que se plantea en estos casos es si, una vez presentada la demanda de cesación ante un tribunal con alcance general para conocer de todos los daños ocasionados. ¿será posible solicitar medidas de cesación con carácter mundial? La respuesta la encontramos en la STJUE 3 octubre de 2019 C-18/18, *Glawischnig-piesczek*⁴⁶ según la cual es posible que se acuerden medidas con alcance mundial pero el contenido de estas medidas depende de la ley aplicable al fondo del asunto⁴⁷ lo que implica que en unos países ese contenido puede ser difamatorio mientras que en otro no, además del tipo de medidas que puedan adoptarse y que pueden ser distintas.

3. Carácter residual del art. 22 quinquies de la LOPJ

53. En caso de que no sea aplicable el RBI-Bis, se aplica de manera residual el art 22 quinquies LOPJ. Este, solo será aplicable si el demandado no tiene su domicilio en un Estado miembro del RBI-Bis y no concurre ni un foro exclusivo ni se da una sumisión. En el caso objeto de comentario con relación a la demandada con sede en California, si se entiende que no existe sumisión tácita sería aplicable este precepto que otorga competencia a los tribunales españoles cuando se produzca «el hecho dañoso» en territorio español.

54. Se puede entender que, dado que la redacción actual de este precepto es una copia del art. 7.2 RBI-Bis, *mutatis mutandis*⁴⁸, es posible aplicar la doctrina explicada en líneas anteriores.

IV. Ley aplicable al fondo del asunto. Legitimación activa y caducidad de la acción son cuestiones dependientes de la *lex causae*

55. La resolución que comentamos aplica directamente y sin ninguna justificación la ley española, en concreto la LO 1/1982 de protección al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen. No argumenta cómo llega a esta solución ni consta tampoco que se hiciera en primera instancia. Da la

⁴⁴ STJUE 17 octubre 2017, apartado 48, “Sin embargo, habida cuenta de la naturaleza ubicua de los datos y los contenidos puestos en línea en un sitio de Internet y de que el alcance de su difusión es, en principio, universal (véase, en este sentido, la sentencia de 25 de octubre de 2011, *eDate Advertising y otros*, C509/09 y C161/10, EU:C:2011:685, apartado 46), una demanda que tenga por objeto la rectificación de los primeros y la supresión de los segundos es única e indivisible y, en consecuencia, sólo puede interponerse ante un tribunal competente para conocer íntegramente de una acción de indemnización del daño, en virtud de la jurisprudencia resultante de las sentencias de 7 de marzo de 1995, *Shevill y otros* (C68/93, EU:C:1995:61), apartado 32, y de 25 de octubre de 2011, *eDate Advertising y otros* (C509/09 y C161/10, EU:C:2011:685), apartado 48, y no ante un tribunal que carece de esta competencia”.

⁴⁵ STJUE 21 diciembre 2021, C-251/20, *Gfflix*, ECLI:EU:C:2021:1036. FD 32 “una demanda que tenga por objeto la rectificación de esa información y la supresión de esos contenidos es única e indivisible y, en consecuencia, solo puede presentarse ante un tribunal competente para conocer íntegramente de una acción de indemnización del daño y no ante un tribunal que carece de esta competencia”.

⁴⁶ STJUE 3 octubre de 2019 C-18/18, *Glawischnig-piesczek*, ECLI: EU:C:2019:821

⁴⁷ DE MIGUEL ASENSIO, “Derecho Privado de Internet” Op. Cit. pp 280-281, con relación a la sentencia *Glawischnig-piesczek*, y a las conclusiones del AG en relación con la misma.

⁴⁸ A. L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZALEZ, en “Tratado de Derecho Internacional Privado”, Tomo III, Edición 2020, Tirant Lo Blanch, Valencia, página, 3657

sensación de que se ha aplicado directamente, si bien es una opinión de quién escribe estas líneas sin haber podido consultar la demanda, su contestación o la sentencia de primera instancia.

1. Exclusión de la difamación por Internet del ámbito de aplicación del Reglamento Roma II. Aplicación del Art 10.9 CC

56. La norma de conflicto aplicable a los casos de difamación por Internet es el art. 10.9 CC, pues estamos ante una materia excluida expresamente del ámbito de aplicación del Reglamento Roma II⁴⁹ sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales. Esta exclusión implica que cada Estado miembro aplicará sus propias normas de conflicto generando soluciones relativas e imprevisibles y que fomentarán el *forum shopping*.

57. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, las dos personas jurídicas demandadas alegan como motivos de oposición en la contestación a la demanda y motivos de recurso de apelación, dos cuestiones que nos interesan: falta de legitimación activa y caducidad de la acción. Ambas entran en el ámbito de la ley aplicable, *lex causae*, por lo que una vez declarado competente el tribunal español, este tiene como premisa esencial analizar la ley aplicable al fondo del asunto para, con base en esta, resolver sobre estas dos cuestiones.

58. El art 10.9.I dice: “*Las obligaciones no contractuales se regirán por la Ley del lugar donde hubiere ocurrido el hecho de que deriven*” Es decir, sigue el criterio *Locus delicti commissi*. ¿Cómo debe ser interpretado el art. 10.9.I del CC? Este precepto no reconoce la diferencia comentada en líneas anteriores aplicable a la determinación de la competencia judicial internacional sobre «lugar de comisión del daño» y «lugar del daño».

59. Un sector de la doctrina⁵⁰ entiende que debe ser interpretado en armonía con el Reglamento Roma II para unificar las soluciones de Derecho internacional privado en los supuestos de difamación por internet. En consecuencia, la ley aplicable será la ley del «lugar donde se produce el daño». Este se materializa en el lugar en que se introduce la información lesiva de los derechos de la personalidad⁵¹

60. Se ha expuesto que los daños en casos de difamación por Internet suelen ser “plurilocalizados”, es decir, el daño se verifica en varios países y en ese caso, se debe aplicar la ley de cada país en el que se produce el daño (siguiendo la tesis del mosaico) que sería el lugar donde los potenciales usuarios tengan posibilidad para acceder a la información ilícita.

61. Siguiendo esta línea argumental, debemos tener en cuenta que el material difamatorio introducido en las páginas web de las demandadas no produce el mismo nivel de daño en todos los países desde los que puede ser accesible el contenido -en todo el planeta-. Para equilibrar esta situación de daños dispares, se considera adecuado que se aplique la ley de la residencia habitual de la víctima, de manera que se busca dónde es más conocida la persona o personas en cuestión. Ese lugar, como regla general, será el lugar donde residen y por tanto es donde se produce el «daño mayor»⁵². Para valorar si se ha producido un daño se debe acudir a la ley reguladora del fondo de la cuestión, y esta es la que determinará, en cada caso, si se ha lesionado o no los derechos de la personalidad.

⁴⁹ Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II) DOUE L 199 31.07.2007. Art. 1.2. g RR-II

⁵⁰ En este sentido: A. L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZALEZ, en “*Tratado de Derecho Internacional Privado*”, Tomo III, Edición 2020, Tirant Lo Blanch, Valencia, página 3842-3844; En términos semejantes P.A DE MIGUEL ASENSIO “*Derecho Privado de Internet*” 6ª Edición, 2022, Thomson Reuters, Madrid págs. 292-294, M. GUZMÁN ZAPATER (directora), Edición, 2023, Tirant Lo Blanch, online, Valencia. · “*Lecciones de derecho internacional privado*”, página 571

⁵¹ En este sentido se pronuncia la SAP de Las Palmas 20 enero 2004. ECLI:ES: APGC: 2004:200 en un caso sobre difamación por Internet.

⁵² A. L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZALEZ, en “*Tratado de Derecho Internacional Privado*” Op. Cit. página 3843

62. De este razonamiento se puede deducir que el «el lugar donde hubiera sido localizado el hecho de que deriven» cabe ser interpretado en dos sentidos que dan lugar a dos posibilidades: una, que supone aplicar la ley de la residencia habitual de la víctima y otra, que supone aplicar la ley de cada país en el que se ha materializado un daño. Esta opción última, además de un coste muy elevado en prueba del derecho extranjero, dificultades en la práctica de pruebas relativas al fondo o adopción de determinadas medidas, puede suponer un excesivo fraccionamiento de la ley aplicable, de manera que algunas de las leyes aplicables podrían no presentar ninguna vinculación con el litigio. No parece la solución más práctica ni económica ni la que lleve a una mejor administración de justicia.

63. En este caso, si se sigue la interpretación de entender «el lugar donde hubiera sido localizado el hecho de que deriven» como el domicilio de la víctima, la ley aplicable será la ley española, lugar de la sede de la SEP.

2. Ley aplicable a la legitimación activa

64. Visto que ley aplicable será la española, la legitimación activa también debe resolverse conforme a esta ley. No se trata de una cuestión procesal⁵³. En efecto, determinar quiénes son titulares de los concretos derechos de la personalidad facultados para ejercitar acciones civiles en defensa de estos, entra dentro del ámbito de la ley aplicable al fondo del asunto⁵⁴.

65. En este sentido la sentencia comentada basa la legitimación, directamente, en el art. 10 párrafo segundo de la LEC, precepto relativo a la posibilidad de una legitimación extraordinaria que permite ejercer una acción a una persona que ostente un interés legítimo cuando es distinta del titular de la relación jurídica litigiosa en cuestión. Para que sea posible, se exige que la ley contemple esta posibilidad y se acredite la existencia el interés legítimo. No es objeto de este trabajo analizar la correcta o incorrecta aplicación técnica de la ley española sino la norma de conflicto y el juicio lógico por el que se llega, en un caso internacional, a aplicar la ley española y no otra. Lo que es evidente es que ese juicio lógico no consta en la resolución de la Audiencia Provincial, silenciando este punto.

3. Ley aplicable a la caducidad de la acción

66. La caducidad de la acción ejercitada es una cuestión de fondo, ergo depende de la ley que designe la norma de conflicto aplicable y, nuevamente, como sucede con la legitimación activa, no se menciona cómo se llega a su determinación. En aplicación de la norma española resulta interesante la STS 2 marzo 2021⁵⁵ en la que sienta doctrina sobre el *dies a quo* el cómputo del plazo de caducidad de las acciones sobre derecho al honor cuando la lesión de este derecho se produce por contenidos publicados den Internet⁵⁶.

⁵³ Se trata de una excepción al principio “*lex for regit processum*” recogido en el art. 3 LEC

⁵⁴ STS 13 enero 2015 [ECLI:ES:TS: 2015:181] (accidente aéreo en Alemania); SAP Las Palmas 3 septiembre 2014 (Derecho alemán); SAP Madrid 19 abril 2012 [CENDOJ 28079370202012100371] (accidente en Tanzania); STSJ Cataluña Social 22 junio 2009 (legitimación para reclamar indemnización laboral por parte de heredero); SAP Málaga 12 junio 2006. Desde el punto de vista doctrinal: A. L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZALEZ, EN “*El derecho internacional privado de la Unión Europea frente a las acciones por daños anticompetitivos*” Cuadernos de Derecho Transnacional (octubre 2018) Vol. 10, N1 2, pp 112 y ss y A. L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZALEZ, Op. Cit. “*Tratado de Derecho Internacional Privado, Tomo I, página 1078-1080. En términos semejantes P.A DE MIGUEL ASENSIO “Derecho Privado de Internet” 6º Edición, 2022, Thomson Reuters, Madrid págs. 292-294*

⁵⁵ STS, Sala de lo Civil, Sección 1, 02 marzo 2021, Recurso: 6029/2019. Resolución: 115/2021, ECLI:ES:TS:2021:759

⁵⁶ FD Sexto: “*la publicación en una página web de unas manifestaciones constitutivas de una intromisión ilegítima en el derecho al honor provoca un daño permanente, por lo que el dies a quo para el ejercicio de la acción de protección del derecho al honor v publicación en Internet*”

IV. Posibles soluciones al supuesto enjuiciado

67. El caso objeto de estudio, con base en lo expuesto en líneas anteriores, plantea distintas posibilidades de solución, especialmente, en relación con la competencia judicial internacional pero también con respecto a la ley aplicable dado que no existe una tesis única sobre la interpretación del art. 10.9 CC.

68. Comenzamos por la competencia judicial internacional. Con relación a la asociación demandada con sede en España tenemos las siguientes posibilidades: primero, acudir al foro del domicilio del demandado (art 4 RBI-Bis), en este caso, serían competentes los tribunales de España. Ante este tribunal cabría ejercitar acciones sobre cesación con carácter global, dado que es un foro que permite al tribunal conocer sobre todos los daños probados, causados en todo el planeta, al ser un foro de alcance general. Es un foro seguro y, en este caso, al coincidir con el domicilio de la víctima, no supone costes excesivos para el demandante.

69. Segundo, podría utilizar el foro del art. 7.2 RBI-Bis con opción a elegir tanto el tribunal del «lugar del hecho causal», con alcance general, o el del «lugar del daño», con alcance territorial. La consecuencia de elegir uno u otro se refleja en la desestimación de la acción de cesación si el tribunal no ostenta competencia con alcance general.

70. Por último, al tratarse de difamación por Internet presenta una especialidad. Con relación al art. 7.2 RBI-Bis, es posible una doble interpretación respecto a qué debe entenderse por «lugar del daño» así: Opción a) podemos acudir a litigar al lugar donde la información es «accesible». En este caso solo es competente el tribunal español, con carácter territorial, por los daños ocasionados en España. En este supuesto no cabría la acción de cese, tal como señala la doctrina del TJUE. Opción b) podemos acudir al tribunal del «centro de interés de la víctima», en este caso, España, en cuyo caso el tribunal también conocería de todos los daños ocasionados en todo el mundo, por lo que, en este caso, sí sería posible ejercitar las acciones de cesación con alcance global. Parecería más adecuada la segunda opción al permitir alcance general de enjuiciamiento. Sin embargo, aun siendo España la sede social de la demandante y donde realiza previsiblemente sus actividades principales no es posible, en este caso concreto, acudir el foro «del centro de interés de la víctima» al ir dirigida la información difamatoria a un colectivo general en abstracto.

71. La AP de Madrid nada menciona en sus fundamentos de derecho sobre estas diferencias de posibilidades con sus distintas consecuencias, limitándose a argumentar que es competente por ser el lugar donde se ha producido la lesión.⁵⁷

72. Con relación a la asociación demandada con sede en California, los escenarios que se plantean son los siguientes: Primero: si existe sumisión tácita, se aplica RBI- Bis con carácter preferente. En este caso, para admitir el ejercicio de las acciones de cesación (rectificación y/o supresión) la Audiencia Provincial debería argumentar la tesis a favor del alcance general y no territorial del foro de sumisión tácita. Sólo así podría conocer sobre todos los daños ocasionados en el mundo y conocer sobre las acciones de cesación al ser una demanda «única e indivisible». Con la excepción de que el demandante reclame el cese de actividades ilícita en todo el planeta. En ese caso, podría estimar la acción ya que el demandado acepta tácitamente la competencia. Segundo: si se entiende que no hay sumisión tácita, residualmente, se debe aplicar el art. 22 quinquies LOPJ que se interpreta en el mismo sentido que el art. 7.2 BI-Bis, por lo que la argumentación de la AP es incorrecta ya que lo fundamenta sobre la base de la

⁵⁷ La SAP en la pp 7, párrafo segundo explica: “Es cierto que en las publicaciones de difusión masiva, como en los contenidos emitidos por la red informativa de Internet, pueden haber causado daños en distintos lugares y a distintas personas, pero ello no debe alterar el principio que, dentro de las normas de competencia judicial internacional, siempre se concede al perjudicado acción ante los tribunales del lugar dónde se haya producido la lesión” Esta redacción lleva a pensar que se desconocen las tesis e interpretación que el TJUE ha realizado sobre cómo se debe interpretar el “lugar donde se produce el daño” extensibles a nuestro art 22 quinquies LOPJ.

competencia como «lugar del daño», lo que sólo permitiría conocer de los daños producidos en España, si es que ha producido alguno, cuestión que dependerá de la prueba.

73. Resulta relevante, a la vista de la doctrina del TJUE citada, la incompatibilidad entre: declarar la competencia del Juzgado de primera instancia por el art. 22 quinquies LOPJ en el sentido explicado en el párrafo anterior y, la acción ejercitada en la demanda. Al no ser una acción para la reclamación de daños y perjuicios, sino la acción de cesación con medidas relativas a la retirada del material ilícito se exige que el tribunal que conozca lo haga por un foro con alcance general y no territorial. Por tanto, es incompatible estimar la demanda con aceptar su competencia tal y como la fundamenta.

74. Con relación a la ley aplicable, en defecto de Reglamento europeo, aplicamos el art. 10.9 CC y el resultado podría haber sido el siguiente: Seguir la tesis doctrinal según la cual dicho precepto debe interpretarse en armonía con el RRII y por tanto, debe ser la ley del «lugar del daño». En este caso, al tratarse de daños producidos por Internet son plurilocalizados por lo que el daño se produce en diferentes lugares. Esto da lugar a la aplicación de la ley de cada uno de los Estados en los que conste prueba⁵⁸ de una lesión al derecho honor de la demandante. Es decir, se aplicarán las leyes del Estado de cada país en el que se acredite la existencia de un daño, siguiendo la teoría del mosaico.

75. La otra solución sería entender que, aunque se produzca el daño en diferentes países, existe un país en el que se produce un «daño mayor». Este se produce donde la víctima tiene su «centro de intereses», es decir, su domicilio, al ser el sitio donde es más conocida y puede ver más afectada su reputación lo que no es obstáculo a que también pueda sufrir daño en su reputación en otros lugares donde no es tan conocida. En este caso, se aplicaría la ley española al ser el centro de intereses de la víctima, la SEP.

V. Conclusiones

76. Las distintas posibilidades con la que puede jugar el demandante ponen sobre la mesa la riqueza jurídica que entrañan los asuntos de difusión de contenidos por Internet. En esta concreta materia, la evolución doctrinal y jurisprudencia es esencial y presenta, hoy día, un acervo muy amplio de interpretación del art. 7.2 RBI-Bis por parte del TJUE.

77. De la evolución jurisprudencial del TJUE llama la atención que, si bien señala en sus resoluciones que los foros especiales (y, por ende, el art. 7.2. RBI-Bis) deben ser interpretados de manera restrictiva, sin embargo, da una interpretación amplia al permitir dos posibilidades para el demandante: el «lugar del hecho dañoso» y el «lugar del daño», con su diferente alcance ya señalado. Creando así, un nuevo foro.

78. La diferencia de alcance territorial o general no se refleja únicamente en la posibilidad de conocer sólo sobre la totalidad de los daños ocasionados o sobre los ocurridos en un territorio, lo que no es cuestión baladí, sino también se extiende al tipo de acciones que se están ejercitando. Así, las acciones sobre supresión y rectificación solo pueden ser ejercitadas ante tribunales que puedan conocer sobre la totalidad de los daños pues el TJUE entiende que son acciones «únicas e indivisibles».

79. Respecto a la legitimación de las personas jurídicas, pueden ser demandadas utilizando el foro del «centro de intereses de la víctima» y también pueden utilizarlo como demandantes si conforme a la ley aplicable al fondo del asunto resulta que ostentan legitimación activa, eso sí, siempre que puedan ser identificadas directa o indirectamente y no vayan dirigidas a un colectivo en abstracto

80. En relación con la ley aplicable, es evidente que la exclusión de esta materia del R RII genera relatividad de soluciones lo que, indiscutiblemente, dará lugar a *forum shopping* en busca de la

⁵⁸ Se entiende que la prueba más útil para certificar las descargas y el alcance de la difusión en diferentes países será por medio de un perito informático.

ley aplicable que resulte más beneficiosa a los intereses del demandante. En esta materia, hoy en día, es bastante fácil buscar leyes «más beneficiosa» pues existen países en los que la defensa de la libertad de expresión está por encima del resto de derechos (como sucede en EEUU) En estos países podría dar lugar a que sea más fácil perder estos litigios, evitando acudir a su jurisdicción. Para equilibrar el dilema, por otro lado, las indemnizaciones que se pueden obtener en los países bajo la *Common Law*, como sucede en EEUU, también serán potencialmente más altas que en el derecho continental. Hablamos pues de estrategias procesales que exigen un conocimiento profundo de las normas en juego y que requieren un análisis pormenorizado en cada caso concreto.

81. Es evidente la complejidad de estos asuntos y es manifiesta la necesidad de formación especializada en los operadores jurídicos. Por ello, no debe ser aceptable una resolución en la que los razonamientos jurídicos son poco más que un silencio, como en la resolución comentada. En estos casos, nunca el silencio valdrá más que mil palabras.

Errores y aciertos en la aplicación de la ley reguladora de la constitución de la adopción internacional de mayores de edad ante las autoridades españolas*

Errors and successful in the application of the law regulating the constitution of the international adoption of elderly before the spanish authorities

MARÍA JESÚS SÁNCHEZ CANO

*Profesora de Derecho Internacional Privado. Magistrado suplente
Universidad San Jorge*

Recibido: 12.12.2023 / Aceptado: 16.01.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8455

Resumen: A la vista de las limitaciones que establecen el art.175.Cc y el art.235-33 del Código de Derecho Civil de Cataluña, cabe preguntarse si las normas de Derecho Internacional privado que regulan la adopción incluyen la adopción de mayores de edad o emancipados. La cuestión no es pacífica y presenta una serie de ambigüedades y lagunas de las cuales derivan cuestiones controvertidas, en particular, por lo que respecta a la constitución por las autoridades españolas de una adopción internacional de mayores de edad. El presente trabajo abordará la cuestión, analizando el AAP Barcelona núm. 134/2023, de 26 de abril.

Palabras clave: Ley de adopción internacional, adopción internacional de personas mayores de edad, Derecho internacional privado, ley aplicable, validez de adopciones constituidas por autoridades extranjeras.

Abstract: In view of the limitations established by art.175.Cc and art.235-33 of the Civil Law Code of Catalonia, it is worth asking whether the rules of Private International Law that regulate adoption include the adoption of adults or emancipated persons. The issue is not peaceful and presents a series of ambiguities and gaps from which controversial issues arise, in particular, with regard to the constitution by the Spanish authorities of an international adoption of adults. This work will address the issue, analyzing AAP Barcelona no. 134/2023, of April 26.

Keywords: International adoption law, international adoption of adults, international private law, applicable law, constitution of adoption by Spanish authorities.

Sumario: I. El régimen de la adopción de personas mayores de edad o menores emancipados en nuestro país desde el punto de vista del Derecho sustantivo. II. La adopción de mayores de edad en la normativa de Derecho Internacional Privado español. III. Aplicación práctica del art.19 LAI en relación con las adopciones de mayores de edad o menores emancipados: Análisis del AAP Barcelona núm. 134/2023, de 26 de abril (ECLI:ES:APB:2023:3185^a). 1. Antecedentes de hecho y fundamentos de Derechos del AAP Barcelona núm. 134/2023, de 26 de abril. 2. Consideraciones acerca del fallo del AAP Barcelona núm. 134/2023, de 26 de abril. IV. Breve recapitulación final.

* El presente trabajo ha sido elaborado en el marco del Grupo Consolidado de Investigación del Gobierno de Aragón "Ius Familiae", IP Carlos Martínez de Aguirre Aldaz.

I. El régimen de la adopción de personas mayores de edad o menores emancipados en nuestro país desde el punto de vista del Derecho sustantivo¹

1. El Código Civil español, en el art.175.2, establece que, como regla general, únicamente podrán ser adoptados los menores de edad no emancipados². Ello, en sintonía con la configuración actual de la adopción como institución de protección de menores, a la par que instrumento de integración familiar, cuya principal consideración se sitúa en el interés del menor. No obstante, la adopción de personas mayores de edad no se encuentra completamente prohibida por nuestro Derecho positivo, dado que el mismo art.175.2 Cc permite de manera excepcional la adopción de mayores de edad o emancipados, siempre que, inmediatamente antes de la emancipación, hubiere existido una situación de acogimiento con los futuros adoptantes o de convivencia estable con ellos de, al menos, un año.

2. Por otra parte, en el ejercicio de las competencias que reconoce el art.149.1.8 CE a aquellas Comunidades Autónomas que disponen de Derecho civil, foral o especial propio, Cataluña ha regulado la adopción de personas mayores de edad en el art.235-33 del Código de Derecho Civil de Cataluña, de tal modo que se admite la adopción del mayor de edad o menor emancipado “si ha convivido ininterrumpidamente con el adoptante desde antes de haber cumplido catorce años o si ha estado en situación de acogimiento preadoptivo, al menos durante los seis meses inmediatamente anteriores al cumplimiento de la mayoría de edad o a la emancipación, y ha continuado conviviendo con él sin interrupción”.

3. Como puede comprobarse tras la lectura de ambos preceptos, tanto el art.175.2 Cc. como el art.235-33 del Código de Derecho Civil de Cataluña encuentran su fundamento en uno de los principios básicos de la institución adoptiva, como es el de la integración familiar, cuya salvaguarda se pretende garantizar con la regulación de las adopciones de personas mayores de edad o emancipadas que cumplan las exigencias recogidas en dichos artículos. Ciertamente, no hay que olvidar aquí que el Preámbulo de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, entre los problemas que generaba la regulación anterior de esta institución, aludía expresamente a “la posibilidad indiscriminada de adoptar a los mayores de edad”. Por este motivo, el legislador español ha limitado los supuestos en los cuales es posible adoptar a un mayor de edad, en aras de evitar situaciones fraudulentas, cuya finalidad no responde al principio de integración familiar³.

II. La adopción de mayores de edad en la normativa de Derecho Internacional privado español

4. A la vista del régimen de Derecho sustantivo, cabe preguntarse si las normas de Derecho Internacional privado que regulan la adopción incluyen la adopción de mayores de edad o emancipados.

¹ El régimen de la adopción de mayores de edad o menores emancipado fue abordado por esta autora en, M.J. SÁNCHEZ CANO, “Cuestiones vinculadas a la constitución de la adopción de mayores de edad: Análisis desde el Derecho Internacional Privado español”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2019), Vol. 11, Nº 1, pp. 904-916.

² Sobre el régimen de la adopción de mayores de edad en el Código Civil, Vid. G. GARCÍA CANTERO, “La adopción de mayores de edad”, *Actualidad Civil*, 1998, Ref. XLI, pág. 993, tomo 4, Editorial La Ley. En este trabajo, García Cantero explica las posibles finalidades de la adopción de mayores de edad, destacando que con la vigente regulación resulta alterada la razón de ser de la institución adoptiva, considerada en la actualidad como una medida de integración familiar, toda vez que lo que avala es una convivencia más o menos dilatada en el pasado, en lugar de tener en cuenta las posibilidades de vida futura del adoptado. Vid. también, M.D. ARIAS DÍAZ, “La adopción de mayores de edad (A propósito del Auto de 9 de julio de 1998 de la Audiencia Provincial de Jaén)”, *Diario La Ley*, 1998, Ref.º D-290, Tomo 6.

³ Hay que poner de relieve los inconvenientes que pudieran derivarse de la constitución de adopciones de personas mayores de edad, tras las cuales puede haber motivos de contenido estrictamente económico, como pudieran ser el disfrute de derechos sucesorios o de cualquier clase de prestación que traiga causa de las relaciones paternofiliales. Sobre este particular, Vid. M.A. PÉREZ ÁLVAREZ, *La nueva adopción*, Madrid, Civitas, 1989, pp.130-131.

Tampoco hay que perder de vista que las adopciones de mayores de edad con elemento de extranjería pueden tener como finalidad obtener ventajas en el sector de la nacionalidad, habida cuenta la posibilidad que tiene el adoptado mayor de edad de optar por la nacionalidad española en los términos previstos en el art.19.2 Cc.

La cuestión no es pacífica y presenta una serie de ambigüedades y lagunas de las cuales derivan cuestiones controvertidas, en particular, por lo que respecta a la constitución por las autoridades españolas de una adopción de mayores de edad con elementos de extranjería.

5. El punto de partida debe situarse en el art. 41 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, que en los supuestos de adopción internacional ordena estar “a lo previsto en el artículo 9.5 del Código Civil y en la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, así como a lo establecido al respecto en los Tratados y Convenios internacionales en que España sea parte y, en especial, en el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional.”⁴

6. La Ley 54/2007 de 28 de diciembre, sobre adopción internacional (en adelante, LAI)⁵, pretende implantar una regulación integral de todas las cuestiones de Derecho Internacional Privado propias de la institución adoptiva, con el objetivo de dar respuesta al fenómeno de la adopción internacional en España. En este punto, cabe recordar que la Disposición Final Primera de la LAI, dedicada a la modificación de determinados artículos del Código Civil, otorgó una nueva redacción al art.9.5 Cc, convirtiéndolo en una simple norma de remisión, en tanto que dirige a la regulación que establece la LAI en materia de adopción internacional, incluso en lo relativo a los efectos de las adopciones constituidas por autoridades extranjeras⁶.

7. Con la finalidad de determinar si las adopciones de personas mayores de edad se encuentran cubiertas por la LAI, la primera cuestión que hay que dilucidar es cuál es el ámbito de aplicación material de la citada normativa. Así, considerando la norma en su conjunto y poniendo en relación las distintas disposiciones de la ley, se ha podido constatar que, tras la entrada en vigor de la Ley 26/2015, son dos las definiciones de adopción internacional que pueden extraerse de la LAI: una, partiendo del art.1.2 LAI, a los efectos del Título I, y otra, principalmente, con fundamento en el art.1.1 LAI, en relación con las cuestiones propias del Derecho Internacional Privado, reguladas en el Título II⁷.

8. En lo referente al Título I, la versión actual del art.1.2 LAI exige que el adoptado sea un menor, cuya adoptabilidad haya sido declarada por la autoridad extranjera competente, sin precisar si por menor ha de entenderse aquel que no ha alcanzado los 18 años. Por consiguiente, la minoría de edad vendrá determinada por la ley personal del adoptado conforme al art.9.1 Cc. Aquí debe hacerse notar que, en consonancia con el CH 1993, el art. 1.2 LAI contempla únicamente el supuesto de la adopción transnacional o transfronteriza, en tanto que sitúa el elemento extranjero en el desplazamiento del adoptado a España por una familia adoptante residente habitualmente en nuestro país, bien después de la adopción en el Estado de origen, bien con la finalidad de constituirla en España. Esta previsión resulta lógica, si se tiene en cuenta que es en el Título I donde se recogen las cuestiones relacionadas con la política exterior y la cooperación de autoridades, que únicamente pueden afectar a las adopciones transnacionales.

9. Por otra parte, a los efectos del Título II, relacionando el art.1.1 LAI con otros preceptos del propio Título II y con las disposiciones generales de Derecho Internacional privado, se constata que el

⁴ Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria («BOE» núm. 158, de 03/07/2015).

⁵ Ley 54/2007 de 28 de diciembre, sobre adopción internacional («BOE» núm. 312, de 29/12/2007), modificada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia («BOE» núm. 180, de 29/07/2015).

⁶ Concretamente, la mencionada DF 1ª dispone: “El apartado 5 del artículo 9 queda redactado en los siguientes términos: La adopción internacional se regirá por las normas contenidas en la Ley de Adopción Internacional. Igualmente, las adopciones constituidas por autoridades extranjeras surtirán efectos en España con arreglo a las disposiciones de la citada Ley de Adopción Internacional”.

⁷ Vid. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOA GONZÁLEZ, *Compendio de Derecho Internacional Privado*, Cuarta Edición, Murcia, 2022, Rapid Centro Color, pp.474 y 475, y A. DURÁN AYAGO, en “Aspectos internacionales de la reforma del sistema de protección de menores. Especial referencia a la adopción internacional”, *AEDIPr*, t. XVI, 2016, p. 451.

nuevo ámbito de aplicación de la norma alcanza a todas aquellas adopciones que presenten un elemento extranjero, cualquiera que éste sea, se trate o no de adopciones transfronterizas en los términos del artículo 1.2 LAI.

10. Además, teniendo en cuenta que el art.1.1 LAI distingue entre adopción y otras medidas de protección de menores y sobre la base del enunciado del art.34 LAI, parece claro que, por lo que respecta a las reglas de Derecho Internacional privado de la LAI, la definición de adopción internacional comprende el establecimiento de un vínculo jurídico de filiación y por tanto, abarca también la figura de la adopción simple o no plena, así como, y esto es lo relevante a los efectos del presente trabajo, las adopciones de personas mayores de edad y emancipadas, según se deriva de la mención genérica a la adopción recogida en el apartado 1 del art.1 LAI⁸.

11. En cuanto a la posibilidad de constituir una adopción internacional de un mayor de edad o emancipado por las autoridades españolas conforme a las normas de competencia judicial internacional y de Derecho aplicable previstas en los Capítulos I y II del Título II de la LAI, la primera consideración a la que hay que atender es que será la ley nacional del adoptado (art.9.1 Cc) la que determinará si éste ha alcanzado o no la mayoría de edad, teniendo en cuenta que no todos los sistemas jurídicos fijan la mayoría de edad a los 18 años, como el ordenamiento jurídico español.

12. En segundo término, debe ponerse de manifiesto que para decretar la adopción nuestras autoridades deben aplicar las reglas de los arts.18, 19 y 20 LAI⁹. De este modo, en la actualidad, conforme al art.18 LAI, sólo cabe la aplicación de la ley sustantiva española a la adopción constituida por las autoridades españolas¹⁰. El recurso a la ley extranjera sólo es posible, entonces, en lo relativo a la capacidad del adoptado y de los consentimientos necesarios, en los términos de los arts.19 y 20 LAI.

13. Así las cosas, si el adoptando tiene su residencia habitual presente o futura en España, la adopción se regirá por la ley sustantiva española, conforme al art.18 LAI. Ahora bien, en el supuesto de que el adoptando no resida en España en el momento de decretarse la adopción o si, aun residiendo en España, no adquiere la nacionalidad española como consecuencia de la adopción,- lo que ocurrirá si el adoptante es extranjero o si el adoptando es mayor de edad-, la ley aplicable a su capacidad y consentimientos necesarios será la ley nacional del adoptando, en virtud de lo dispuesto en el art.19.1. LAI. Aquí hay que puntualizar que bien puede suceder que la ley nacional que deba regir la capacidad del adoptado permita la adopción fuera de los supuestos previstos en nuestras leyes, en cuyo caso, sería posible la

⁸ Este criterio es compartido por autores como Calvo Caravaca y Carrascosa González, que defienden que la noción de adopción internacional regulada por la LAI comprende tanto la adopción de menores como la de mayores de edad, si bien, mantienen que, dado que la adopción tipo en nuestro país es la adopción internacional de menores, el legislador ha decidido centrarse en esta clase de adopciones. Esto mismo no es obstáculo, en opinión de Calvo Caravaca y Carrascosa González, para que ante una adopción de un mayor de edad puedan aplicarse los preceptos de la LAI, con exclusión de las previsiones que contienen las normas relativas a los menores, de conformidad con lo previsto en la regulación del Código Civil, cuyas normas, pese a estar orientadas a la adopción de menores de edad, también resultan aplicables a la de mayores. Más aún, incluso, podrían aplicarse por analogía las normas de la LAI a las adopciones de personas mayores de edad o emancipadas, pues, de lo contrario estas adopciones se verían condenadas a una suerte de limbo jurídico, en tanto que tampoco se encuentran expresamente prohibidas. Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley 54/2007 de 28 de diciembre de 2007 sobre adopción internacional (Reflexiones y comentarios)*, Comares, Granada, 2008, p.p.43 y 44.

⁹ A partir de la Ley 26/2015, tras suprimir el art.21 y con ello, la posibilidad de constituir una adopción conforme a la ley extranjera, la LAI dispone de una sola regulación en materia de ley aplicable a la constitución de la adopción por los Juzgados y Tribunales españolas, que se sitúa en los arts.18-20 LAI.

¹⁰ El art.18 LAI dispone que la constitución de la adopción por la autoridad competente española se regirá por lo dispuesto en la ley material española cuando el adoptando tenga su residencia habitual en España en el momento de constitución de la adopción; o cuando el adoptando haya sido o vaya a ser trasladado a España con la finalidad de establecer su residencia habitual en España. Como puede comprobarse, la LAI no ofrece ninguna solución al problema de la determinación del Derecho aplicable a las adopciones en las cuales el adoptando no tenga su residencia habitual en España al tiempo de la adopción, ni tampoco haya sido ni vaya a ser trasladado a España con la finalidad de fijar en nuestro país su residencia habitual, que, con anterioridad a la reforma, se regían por el art.21 LAI y que, en la actualidad, no tienen cabida en el art.18 LAI.

constitución de la adopción por las autoridades españolas. Más aun, si se tiene en cuenta que la aplicación de la ley nacional del adoptando es imperativa cuando se cumple lo dispuesto en el art.19 LAI¹¹.

III. Aplicación práctica del art.19 LAI en relación con las adopciones de mayores de edad o menores emancipados: Análisis del AAP Barcelona núm. 134/2023, de 26 de abril (ECLI:ES:APB:2023:3185^a)

14. A pesar de que lo más habitual es que las adopciones internacionales que se constituyan ante las autoridades españolas sean las de menores de edad, lo cierto es que los tribunales españoles también tienen que enfrentarse a los inconvenientes que suscita la constitución de una adopción de una persona mayor de edad o emancipada¹². Ejemplo de ello lo constituye el AAP Barcelona núm. 134/2023, de 26 de abril, cuyo estudio se abordará a continuación.

1. Antecedentes de hecho y fundamentos de Derechos del AAP Barcelona núm. 134/2023, de 26 de abril

15. En concreto, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona resuelve un recurso de apelación formulado frente al Auto dictado por un Juzgado de Primera Instancia de Badalona, por el cual se deniega la adopción de cinco personas mayores de edad, instada por el cónyuge de la madre de los adoptandos. Estas personas iniciaron la convivencia con el apelante en el año 2016, cuando cuatro de ellas ya habían alcanzado la mayoría de edad y el hijo menor tenía 16 años. El Auto apelado fundamenta su negativa a constituir la adopción en que el art. 235- 33 del Código Civil de Cataluña requiere una situación de convivencia ininterrumpida entre el adoptante y los adoptandos anterior a haber cumplido 14 años de edad.

¹¹ A mayor abundamiento, Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley 54/2007...cit*, pp.130 y 131.

¹² Como ejemplo de los problemas que puede plantear la constitución de una adopción internacional de un mayor de edad o menor emancipado, pueden citarse, entre otras, las siguientes resoluciones: SAP Barcelona (Sección 12^a), de 28 de febrero de 1997 (AC 1997\317) y el AAP Barcelona (Sección 18^a) núm. 91/2005 de 12 mayo (JUR 2005\173458). También resulta interesante el AAP Barcelona de 28 de febrero de 1997, en el cual se desestima el recurso de apelación interpuesto contra la resolución del Juzgado de Primera Instancia por la que se deniega la constitución de la adopción de un mayor de edad de nacionalidad checa, siendo el adoptante español, justamente, por no concurrir una precedente situación de convivencia ininterrumpida entre adoptante y adoptando antes de haber cumplido éste los catorce años de edad. Los motivos aducidos por la Audiencia Provincial de Barcelona para desestimar el recurso de apelación apuntan a que, desde la regulación de la institución adoptiva por la Ley 21/1987, ha desaparecido la posibilidad de adoptar de forma indiscriminada a los mayores de edad, siendo, a partir de entonces, la finalidad básica de dicha figura la integración familiar del adoptado y el principio prevalente el del interés del menor. Es, precisamente, continúa razonando la Audiencia, con base en tales principios fundamentales, que el legislador decidió configurar la adopción como una medida de protección de menores, regulando la adopción de mayores de edad en supuestos muy excepcionales, en los que resulta imprescindible la previa situación de acogimiento o convivencia entre el adoptante y el adoptando antes de que éste haya cumplido los catorce años de edad, porque sólo así la Ley presume verdaderos lazos familiares.

Igualmente relevante es el AAP Cádiz (Secc.6^a, Ceuta), núm. 12/2006, de 3 de marzo (JUR 2006\241802), relativo a la adopción de un mayor de edad de nacionalidad marroquí, en el cual, pese a reconocer que no han quedado acreditada la convivencia que requiere el art.175.2 Cc, se hace hincapié en que, tratándose de una adopción en la que está presente un elemento extranjero, es necesario acudir a la norma de conflicto. correspondiente, en el caso que nos ocupa, el art.9.5 Cc, que si bien contempla como regla general que la adopción constituida por los tribunales españoles ha de regirse por el Derecho español, establece como excepción, la aplicación de la ley nacional del adoptando para todo lo relativo a su capacidad y consentimientos, cuando, aun residiendo en territorio español, aquél no adquiera en virtud de la adopción la nacionalidad española. Finalmente, la AP de Cádiz deniega la constitución de la adopción, no estrictamente porque la misma no cumpla con los presupuestos del art.175.2 Cc, sino porque la ley marroquí, que gobierna la capacidad del adoptando, desconoce la institución de la adopción.

Otras resoluciones más recientes también abordan las dificultades que comporta la constitución de la adopción de mayores de edad con elemento de extranjería, como, por ejemplo, el AAP Granada 14 Septiembre 2018, ECLI:ES:APGR:2018:855^a, que considera que este tipo de adopciones quedan cubiertas por la LAI, o el AAP VALENCIA 10^a 14 enero 2022, que, contrariamente, entiende que, en este caso, para determinar la competencia judicial internacional, no cabe recurrir a los foros de la LAI, pues, según aprecia la Audiencia, las adopciones de mayores de edad quedan fuera del ámbito de aplicación de esta norma.

16. La parte recurrente, en síntesis, alega error en la determinación de la ley aplicable, con cita del art.9 Cc, al mismo tiempo que considera que- a la adopción examinada por la Audiencia Provincial resulta de aplicación el art.19.1 LAI, que se remite a la ley nacional para determinar la capacidad y los consentimientos de la adopción.

17. Por su parte, la Audiencia Provincial de Barcelona comienza mencionando que el art.9.5 Cc remite a la LAI, si bien razona que el ámbito de aplicación de dicha norma no está claramente delimitado. No obstante, de los preceptos de la LAI y en especial de la Exposición de Motivos, la Sala entiende que se desprende que el ámbito de aplicación de la LAI se circunscribe a las adopciones de menores de edad. En apoyo de dicha afirmación, el Tribunal recurre a la definición de adopción internacional del art.1.2 LAI, indicando que comprende aquellos supuestos en que un menor con residencia habitual en el extranjero es o va a ser desplazado a España por adoptantes con residencia habitual en España, bien después de su adopción en el Estado de origen, bien con la finalidad de constituir tal adopción en España.

18. Asimismo, la Audiencia Provincial de Barcelona valora que una parte de la doctrina internacionalista defiende que la adopción de personas mayores de edad entra dentro del ámbito de aplicación de la LAI, si bien sostienen que los preceptos previstos para la adopción de menores no deben aplicarse a las adopciones de mayores.

19. Pese a ello, a juicio de la Sala, no concurren en el caso examinado los presupuestos previstos en la ley y concluye que resulta aplicable el Código Civil de Cataluña, puesto que el adoptante y los adoptandos tienen su residencia habitual en dicha Comunidad Autónoma.

20. Señala también el Tribunal que la solución sería la misma aplicando tanto la LAI,-aunque aprecia dudas acerca de que la misma resulte aplicable-, como el art.9.4 Cc, que opera respecto de la determinación de la filiación por naturaleza y cuyos efectos considera la Sala similares.

21. La Audiencia observa que la parte recurrente ha solicitado que se aplique la ley de Pensilvania, que es la ley personal de los adoptandos y resulta aplicable a la capacidad y consentimientos, conforme al art.19 LAI, tal como se indica en el recurso de apelación. Sin embargo, el Tribunal entiende que no ha lugar a la constitución de la adopción porque, con arreglo al art.18 LAI, la ley aplicable a la constitución de la adopción es la ley española, porque los adoptandos tienen su residencia habitual en España al tiempo de la constitución de la adopción, y además, no se cumple el requisito de la convivencia ininterrumpida entre el adoptante y los adoptandos desde antes de que estos cumplieran los 14 años.

22. Para terminar, explica la Sala que, al hablar de adopciones de mayores de edad, ha venido sosteniendo que la adopción encuentra su reflejo en el antiguo brocardo “adoptio imitatur naturam”, y así, sobre la base de que, en estos casos, la situación de convivencia entre adoptante y adoptando previa a la mayoría de edad de éste comporta su integración familiar, resuelve que la adopción pretendida es ajena a la finalidad de esta institución y en consecuencia, confirma el Auto apelado con desestimación del recurso.

2. Consideraciones acerca del fallo del AAP Barcelona núm. 134/2023, de 26 de abril

23. En primer lugar, del examen de los antecedentes y de la fundamentación jurídica del Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, pueden extraerse las siguientes consideraciones:

- 1ª Son correctos los razonamientos de la Audiencia Provincial en relación con el art.9.5 Cc, que, a su vez, remite a la LAI. También son acertados los argumentos referentes a los representantes de la doctrina que sostienen que las adopciones de mayores de edad se encuentran cubiertas por el ámbito material de la LAI.

- 2ª Por el contrario, se equivoca el Tribunal al entender que la LAI no ampara a las adopciones de mayores de edad, con fundamento en la definición de adopción del art.1.2 LAI, que se refiere a las adopciones transfronterizas. Obvia, por tanto, la Sala el concepto de adopción internacional que se contempla en el art.1.1 LAI en relación con el Título II y que comprende “aquellos supuestos en los que exista algún elemento extranjero”. Ello supone un error de calado, habida cuenta que la adopción sometida a la consideración de la Audiencia no era una adopción transfronteriza, puesto que adoptante y adoptandos residían en España al tiempo de la adopción, y toda vez que de lo que se trataba en este caso era de determinar la ley aplicable a dicha adopción, que, según la información que figura en el auto, presentaba al menos un elemento extranjero, derivado de la nacionalidad estadounidense de los adoptantes (Pensilvania).
- 3º En conjunto, la fundamentación del Tribunal resulta algo difusa puesto que declara la aplicación de la ley catalana, sin haber recurrido con carácter previo a la norma de conflicto que designa la ley aplicable a la constitución de la adopción. Y más confuso aún resulta cuando la Sala argumenta que la solución sería la misma con arreglo a la LAI y al art.9.4 Cc, precepto este último que no viene al caso, en tanto que tiene por objeto la determinación y el carácter de la filiación por naturaleza, y puesto que el Código Civil ha reservado el art.9.5 Cc para la adopción internacional, aunque sea sólo como norma de remisión a la LAI.
- 4º Tampoco es ajustado a derecho el planteamiento por el cual la Sala rechaza los argumentos del apelante, sin entrar a valorar si se cumplen los presupuestos del art.19.1 LAI para que pueda aplicarse la ley personal de los adoptandos (ley de Pensilvania) en relación con su capacidad, tal como interesó el recurrente. Ciertamente es que los adoptandos residían en nuestro país en el momento de la constitución de la adopción y que ello, conducía a la aplicación de la ley española. Ahora bien, no puede desconocerse que el art.19.1 LAI excluye la aplicación de la ley sustantiva española en cuanto a la capacidad del adoptando y los consentimientos de todos los sujetos intervinientes en dos supuestos. Es evidente que el apartado a) del art.19.1 LAI no concurre en el caso de autos, pues los adoptandos no tenían su residencia habitual fuera de España al tiempo de la adopción. No obstante, sí que podría operar el apartado b) del art.19.1 LAI, porque, en cualquier caso, teniendo los adoptandos una edad superior a los dieciocho años, aun siendo español el adoptante (dato que se desconoce) no adquirirían la nacionalidad española de origen desde la adopción, como dispone el art.19.1 Cc, circunstancia esta que ni tan siquiera ha sido examinada por la Audiencia Provincial de Barcelona.
- 5º Es verdad que, como ya se ha explicado, conforme a la ley española no cabe que las autoridades españolas decreten una adopción de un mayor de edad fuera de los casos excepcionales previstos en el art.175.2 Cc o en el art.235-33 del Código de Derecho Civil de Cataluña. Como también es cierto que el propósito de ambas normas consiste en garantizar la integración familiar y así lo recoge el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona. Sin embargo, constando que la ley personal de los adoptantes es la ley de Pensilvania, la misma resultaba de aplicación a la capacidad de los adoptantes, y el Tribunal debió verificar si dicha ley permitía la constitución de la adopción de personas mayores de edad o emancipadas en supuestos distintos de los previstos en la legislación española, en cuyo caso, debería haber procedido a decretar la adopción, independientemente de que hubiera tenido lugar esa situación de convivencia ininterrumpida previa a la mayoría de edad entre el adoptante y el adoptandos, con anterioridad a haber cumplido éstos los catorce años, exigida por el art. 235-33 del Código Civil de Cataluña. Más aun, teniendo en cuenta que, como ya se ha explicado, el art.19.1 LAI es de aplicación imperativa para nuestros tribunales, siempre que se cumplan las exigencias previstas en el mismo.
- 6º Existen dos excepciones que hubieran permitido a la Audiencia Provincial descartar la aplicación de la ley nacional de los adoptandos, en este caso, la ley de Pensilvania. La primera de ellas, sobre la base del art.19.2 LAI, de haber considerado que la aplicación de la ley de Pensilvania no favorecía la validez de la adopción en el país del cual son nacionales los adoptandos. Y en segundo lugar, si dicha ley, designada por el art.19.1 LAI, hubiera sido

contraria al orden público internacional español, conforme al art.23 LAI. Ello, sin que hubiera sido posible alegar que se produciría tal vulneración de nuestro orden público internacional, por el mero hecho de que el Derecho extranjero designado por la norma de conflicto española difiera de lo dispuesto en el art.175.2 Cc o en el art.235-33 del Código Civil de Cataluña¹³. No obstante, el Tribunal tampoco ha tomado en consideración ninguna de las dos posibilidades.

- 7º En atención a lo expuesto, es evidente que la Audiencia Provincial de Barcelona debió estimar el recurso de apelación formulado por el adoptante y revocar el Auto impugnado, ordenando la constitución de la adopción, si la ley de Pensilvania permitía la adopción de mayores de edad o emancipados fuera de lo dispuesto en el Código de Derecho Civil de Cataluña.

IV. Breve recapitulación final

24. En el presente trabajo se ha llevado a cabo el estudio del régimen de la adopción de mayores de edad o menores emancipados tal como se regula en nuestro Derecho positivo, junto con el examen de la cuestión desde la perspectiva del Derecho Internacional privado, atendiendo a los supuestos de adopción de mayores de edad con elementos de extranjería. Ello, con el propósito de verificar cuál es el tratamiento que otorgan nuestros tribunales a la adopción internacional de mayores de edad o menores emancipados.

25. A este respecto, se ha escogido una resolución concreta, como es el AAP Barcelona núm. 134/2023, de 26 de abril. Tal como se ha puesto de manifiesto al analizar el fallo de la mencionada resolución, el *iter* argumentativo seguido por el Tribunal resulta cuestionable. Ello, puesto que lo razonable hubiera sido que, partiendo del art.1.1 LAI, hubiera determinado que la adopción internacional de mayores de edad se encuentra amparada por el ámbito material de la LAI, para, seguidamente, aplicar los arts.18 y 19 de la citada norma a la constitución de la adopción. De este modo, la Sala habría debido valorar si concurrían los presupuestos para que operase lo dispuesto en el art.19.1 Cc, lo que le hubiera permitido concluir que, en lo referente a la capacidad de los adoptandos, resultaba de aplicación la ley de su nacionalidad. Y en el supuesto de que dicha ley permitiese la adopción de mayores de edad al margen de las prohibiciones del art.235-33 del Código de Derecho Civil de Cataluña, el Tribunal hubiera tenido que descartar la aplicación del citado precepto y en consecuencia, debería haber procedido a decretar la adopción.

26. La Audiencia Provincial tampoco ha apreciado la posibilidad de no aplicar la ley de Pensilvania en aras de la armonía internacional de soluciones, con la finalidad de evitar una adopción claudicante, ni tampoco porque pudiera ser contraria al orden público internacional español.

27. En definitiva, podría afirmarse que el Tribunal, al desestimar el recurso y confirmar la resolución de instancia, que denegaba la constitución de la adopción, en lugar de salvaguardar uno de los principios inspiradores de esta institución y que, además fue invocado por el apelante, cual es el de la integración familiar, ha frustrado las expectativas del adoptante de ver consolidado el núcleo familiar que, desde 2016, venía formando junto con los adoptandos y la madre de estos, esposa del primero, independientemente de que, en aquel momento, todos los adoptandos menos uno, hubiesen alcanzado la mayoría de edad. Expectativas que, conforme a la ley de Pensilvania, pudieran haber resultado legítimas, de haberse aplicado ésta, como solicitó el recurrente, y en el supuesto de que dicha ley hubiese permitido la adopción de personas mayores de edad en términos distintos a los del art.235-33 del Código Civil de Cataluña.

¹³ Algunos autores ponen en duda que las prohibiciones relacionadas con la capacidad del adoptando del art.175 Cc puedan ser invocadas mediante la excepción de orden público internacional. Vid. E. PÉREZ VERA y otros, *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, Madrid, Colex 2010, pp.163 y 164.

O Conceito de Rapto Internacional de Crianças. Comentário à decisão da Audiência Provincial de Valencia de 8 de maio de 2023 [ECLI:ES:APV:2023:1178]

The Notion of International Child Abduction. Commentary to the decision the Provincial Hearing of Valencia, of May 8, 2023 [ECLI:ES:APV:2023:1178]

ANABELA SUSANA DE SOUSA GONÇALVES
Professora Associada
Escola de Direito da Universidade do Minho

Recibido: 20.12.2023 / Aceptado: 22.01.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8456

Resumo: A deslocação ou retenção ilícitas de crianças é regulada internacionalmente pela Convenção de Haia de 1980 sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças (Convenção de Haia). A Convenção de Haia de 1980 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, através de um sistema de cooperação entre autoridades centrais. A decisão da Audiência Provincial de Valencia, de 8 de maio de 2023, que comentamos, radica na existência, ou não, de uma situação de rapto internacional de crianças, ou de deslocação ou retenção ilícitas de crianças. Será este o conceito que iremos explorar.

Palavras-Chave: Rapto internacional de crianças, retenção ou deslocação ilícitas de crianças, Convenção de Haia de 1980.

Abstract: The wrongful removal or retention of children is governed internationally by the 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction (Hague Convention). The 1980 Hague Convention was drawn up with the aim of protecting or mitigating the effects of wrongful removal or retention of children across borders for the children involved, seeking to ensure the fast return of the child to the country of his/her habitual residence, through a system cooperation between central authorities. The decision of the Provincial Hearing of Valencia, of May 8, 2023, at the origin of this commentary, is based on the existence, or not, of a situation of international child abduction, or wrongful removal or retention of children. This will be the concept that is going to be explored in the present commentary.

Keywords: International child abduction; unlawful retention or removal of children; 1980 Hague Convention.

Sumário: I. Matéria de facto. II. Instrumento jurídico aplicável. III. O conceito de rapto internacional de crianças. IV. Notas conclusivas.

I. Matéria de facto

1. O caso da Audiência Provincial de Valencia, que agora comentamos, envolve um casal desavindo e a sua filha menor. Resulta da matéria de facto apresentada que o casal residia em Valencia, onde contraíram matrimónio, em 2009. Nesta cidade também nasceu a filha de ambos, a quem chamaram Virgínia.

2. O casal separou-se em 2014, data em que a mãe e a criança passaram a residir no Brasil. A mãe ficou a residir no Brasil até agosto de 2020 e a criança até novembro de 2019. Esta disparidade de datas resulta do facto de a autoridade de proteção de menores brasileira ter entregado a criança ao pai, no âmbito de uma medida de proteção, que, na data, residia na Colômbia. Assim, a partir de novembro de 2019, a criança passou a residir na Colômbia com o pai, por decisão das autoridades brasileiras.

3. Entretanto, a mãe passou a residir em Espanha desde agosto de 2020.

4. Neste contexto fáctico, a mãe pede ao Tribunal de Primeira Instância de Valencia que declare ilícita a deslocação e retenção da criança pelo seu pai para a Colômbia e o regresso da criança a Espanha, que considera o lugar de residência habitual da criança. O Tribunal indeferiu esta pretensão, fundamentando que a criança vivia no Brasil, desde 2014, e na Colômbia, desde 2019. Esta decisão foi confirmada, em recurso, pela Audiência Provincial de Valencia, de 8 de maio de 2023.

II. Instrumento jurídico aplicável

5. A deslocação ou retenção ilícitas de crianças é regulada internacionalmente pela Convenção de Haia 1980 sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças (Convenção de Haia). A Convenção de Haia de 1980 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 ou retenção, através de um sistema de cooperação entre autoridades centrais.

6. As soluções da Convenção de Haia de 1980 foram pensadas para o regresso rápido da criança ao seu meio social e familiar de origem em caso de deslocação ou retenção ilícita 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 criada¹.

7. Como é referido no Relatório Explicativo da Convenção, tem-se em conta que, nestas situações, são criados vínculos de jurisdição artificiais com o país para onde a criança foi deslocada, pelo progenitor que teve a conduta de deslocação ilícita e que, em princípio, irá escolher um foro que seja mais favorável às suas pretensões². Ora, é esta manipulação do foro competente e da lei aplicável em resultado de um comportamento ilícito, para favorecer os interesses individuais da pessoa que teve um comportamento ilícito, que o sistema instituído pela Convenção visa acautelar.

8. A ideia fundamental da Convenção de Haia de 1980 está prevista no seu art. 1º, al. a): o objeto da Convenção é promover o regresso imediato da criança ilicitamente deslocada ou retida e fazer respeitar efetivamente os direitos de custódia e de visita existentes nos Estados Contratantes. Todavia, subjacente a este objetivo encontra-se um fim superior de proteção dos interesses da criança, de acordo com o estabelecido no preâmbulo da Convenção de Haia de 1980.

¹ E. PÉREZ-VERA, *Explanatory Report Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, Acts and Documents of the Fourteenth Session (1980)*, tome III, Hague Conference of Private International Law, The Hague, 1992, p. 17 (tradução nossa).

² *Idem, ibidem*.

9. A este respeito interessa acentuar a alteração da visão jurídica em relação à criança que se verificou no plano internacional, constituindo uma manifestação desta mudança a Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pelas Nações Unidas em 20 de Novembro de 1989, que prevê um estatuto jurídico de proteção mais amplo da criança relativamente aos textos convencionais anteriores e traduz uma alteração da conceção da criança como objeto de proteção para uma conceção da criança como sujeito titular de direitos³. Esta alteração está também refletida na Recomendação 874 da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, onde se estabelece que a criança não deve mais ser encarada como propriedade dos pais, mas reconhecida como um indivíduo com direitos e necessidades⁴.

10. Este pressuposto é reconhecido no Relatório Explicativo da Convenção de Haia, que citando o Dyer Report, refere que «(...) a verdadeira vítima do rapto de crianças é a própria criança, que sofre uma alteração súbita da sua estabilidade, a perda traumática do pai que tinha a seu cargo a sua educação, a incerteza e a frustração de ter de se adaptar a uma língua estranha, a circunstâncias sociais desconhecidas a professores e familiares desconhecidos»⁵. É com base nesta ideia que se considera ser no superior interesse da criança o regresso da mesma ao seu meio social e familiar de origem e o respeito pelos direitos de guarda ou de custódia e de visita que permitam que a criança tenha relações familiares estáveis e equilibradas de forma a garantir um desenvolvimento saudável⁶.

11. O superior interesse da criança é um conceito indeterminado, a ser preenchido de acordo com as circunstâncias do caso concreto e das especificidades da situação da criança em causa nas decisões referentes a uma criança, ou as circunstâncias particulares de um grupo ou das crianças em geral em relação a outro tipo de decisões⁷. São estas circunstâncias do caso concreto que justificam as exceções previstas na Convenção de Haia de 1980 ao dever de assegurar o regresso imediato da criança.

12. Recordamos que o princípio do superior interesse da criança é um dos princípios inspiradores da Convenção de Haia de 1980, mas também é um dos quatro princípios gerais e estruturais da Convenção sobre os Direitos da Criança, onde se estabelece no seu art. 3º, n.º 1, que as decisões que dizem respeito à criança devem ter prioritariamente em conta o interesse superior da criança. Este princípio deve ser entendido no sentido de que as decisões referentes à criança devem garantir o desenvolvimento da sua integridade física, psicológica, moral e espiritual, de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana.

13. A Convenção de Haia aplica-se na Colômbia (desde 1 de Março de 1996), no Brasil (desde 1 de Janeiro de 2000), em Espanha (desde 1 de Setembro de 1987), entre outros⁸. Assim sendo, todos os Estados envolvidos no caso que estamos a apreciar são Estados contratantes da Convenção de Haia, que será o instrumento jurídico aplicável.

³ Partilhando desta ideia, v. J.A.L. ALVES, *Relações Internacionais e Temas Sociais, A Década das Conferências*, Instituto Brasileiro de Relações Internacionais, Brasília, 2001, pp. 48-49; A.S. DE SOUSA GONÇALVES, “O princípio do superior interesse da criança no Regulamento Bruxelas II bis”, em H. Mota et al. (Coord), *Autonomia e heteronomia no Direito da Família e no Direito das Sucessões*, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 367-381; C. SOTTOMAYOR, *Temas de Direito das Crianças*, Almedina, Coimbra, 2014, p. 17.

⁴ PARLIAMENTARY ASSEMBLY OF THE COUNCIL OF EUROPE, *Recommendation 874 (1979) on a European Charter on the Rights of the Child*, Text adopted by the Assembly on 4 October 1979.

⁵ A. DYER, *Questionnaire and Report on international child abduction by one parent*, Doc. Prél. No 1, August 1977, pp. 18-25, *apud* E. PÉREZ-VERA, *Explanatory Report Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction...*, Cit., p. 20 (tradução nossa).

⁶ Neste sentido, E. PÉREZ-VERA, *Explanatory Report Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction...*, Cit., p. 20.

⁷ COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1)*, 2013, p. 9, consultado em <http://docstore.ohchr.org/>, em 01.08.2023.

⁸ De acordo com os dados da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado, consultados em www.hcch.net, em 9.10.2023.

III. O conceito de rapto internacional de crianças

14. Ora, todo o caso apresentado radica na existência, ou não, de uma situação de rapto internacional de crianças, ou deslocação ou retenção ilícitas de crianças. Convém, por isso, passarmos a explorar a referida noção.

15. Desde logo, é preciso determinar o conceito de criança. Para esse efeito, temos de olhar para o âmbito de aplicação espacial da Convenção de Haia. Quanto ao seu âmbito de aplicação espacial, a Convenção de Haia aplica-se a crianças com residência habitual num Estado Contratante antes da violação do direito de custódia ou de visita, cessando a sua aplicação quando a criança atinge a idade de 16 anos (art. 4º da Convenção de Haia de 1980). Isto significa que para efeitos de aplicação da mesma, será considerada uma criança o menor até atingir os 16 anos. Neste caso, a criança nasceu em 2009 e ainda não tinha atingido os 16 anos ao tempo de uma eventual violação do direito de guarda ou custódia.

16. Como referimos, a Convenção de Haia de 1980 visa promover o regresso imediato da criança em situações de deslocação ilícita [art. 1º, al. a)]. A deslocação ilícita abrange aquelas situações em que há uma deslocação ilícita de criança para outros Estados, em violação de um direito de guarda ou custódia atribuído de acordo com a lei da residência habitual da criança antes da deslocação, desde que esse direito estivesse a ser exercido efetivamente no momento da deslocação, individualmente ou em conjunto, ou devesse estar a ser exercido se a deslocação não tivesse ocorrido [art. 3º, al. a) e al. b) da Convenção de Haia de 1980].

17. A Convenção de Haia de 1980 visa ainda o respeito efetivo dos direitos de visita existentes num Estado Contratante, nos outros Estados Contratantes [art. 1º, al. b)], abarcando este o direito de levar uma criança para um lugar diferente da sua residência habitual durante um breve período [art. 5º, al. b)], incluindo para outros países.

18. São equiparadas às situações de rapto internacional de crianças, e conseqüentemente abrangidas pelo âmbito de aplicação da Convenção de Haia de 1980, quando, após uma autorização da pessoa que exerce o direito de custódia ou de guarda para que a criança se desloque ao estrangeiro, se verifique uma recusa em devolver a criança ao seu país de origem⁹.

19. Assim sendo, para estarmos perante uma situação de rapto internacional de crianças é necessário a conjugação de três elementos: estarmos perante uma deslocação ou retenção ilícitas; em violação de um direito de guarda ou de custódia atribuído de acordo com a lei da residência habitual da criança antes da deslocação; e esse direito tem de estar a ser exercido efetivamente no momento da deslocação.

20. O direito de custódia é definido no art. 5º, n.º 1, da Convenção de Haia de 1980 como aqueles direitos relativos aos cuidados da criança, nomeadamente o direito de decidir sobre o seu lugar de residência. Caso a criança, apesar de ser menor, tenha o direito de determinar o seu lugar de residência, é esclarecido pelo Relatório Explicativo que o direito de custódia terá de ser determinado no contexto dos outros direitos relativamente à criança¹⁰.

21. O direito de custódia resulta de atribuição de pleno direito ou acordo vigente segundo o direito do Estado da residência habitual da criança antes da sua deslocação (art. 3º *in fine*), não sendo a sua atribuição objeto da Convenção de Haia de 1980¹¹.

⁹ Assim, de acordo com o relatório explicativo da referida Convenção: , E. PÉREZ-VERA *Explanatory Report Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction...*, Cit., p. 16.

¹⁰ E. PÉREZ-VERA, *Explanatory Report Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction...*, Cit., p. 40.

¹¹ Como se pode ler no Relatório Explicativo: *idem, ibidem*, p. 18.

22. Subjacente a esta norma está o facto de os direitos de custódia deverem ser determinados pelos tribunais da residência habitual da criança e de acordo com a lei da residência habitual da criança, que deve ser entendida de forma ampla, incluindo as suas normas de Direito Internacional Privado¹².

23. A residência habitual é entendida como uma questão de facto¹³ e deve ser apurada por elementos fácticos que revelem a integração social e familiar da criança num certo Estado, com carácter de regularidade.

24. Ora, do caso resulta que a criança residiu habitualmente no Brasil entre 2014 e 2019, ou seja, durante 5 anos. A criança foi deslocada para a Colômbia para passar a residir com o pai, em cumprimento de uma medida de proteção da criança, decidida pela autoridade de proteção brasileira, de acordo com a lei brasileira. Logo, não se verifica qualquer deslocação e retenção ilícitas de crianças para a Colômbia, uma vez que não há violação de qualquer direito de custódia ou de guarda, que é determinado de acordo com a lei brasileira, lei da residência habitual da criança. Pelo contrário, a deslocação da criança para a Colômbia para junto de seu pai foi decidida pelas autoridades brasileiras, de acordo com a lei brasileira, lei da residência habitual da criança.

25. Também não existe qualquer fundamento legal para pedir o regresso da criança a Espanha, onde a criança deixou de residir em 2014. Consequentemente, parece-nos acertada a decisão da Audiência Provincial de Valencia de 8 de maio de 2023.

IV. Notas conclusivas

26. Se a situação em causa, ocorresse entre Estados-Membros seria aplicável o *Regulamento 2019/1111, 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*)¹⁴.

27. O Regulamento Bruxelas II *ter*, à semelhança da Convenção de Haia de 1980, prevê um procedimento célere que, em nome do superior interesse da criança, permite o regresso imediato da criança ao seu Estado de residência habitual (Considerando 40). Assim, estabelece um mecanismo de regresso que se baseia na cooperação judiciária entre os tribunais e autoridades centrais dos Estados-Membros, no âmbito da política europeia de cooperação judiciária em matéria civil¹⁵.

28. O objetivo será desencorajar a deslocação ilícita de crianças dentro da União, de forma a respeitar, em primeiro lugar, os interesses e vínculos afetivos das crianças, através de um regresso rápido da criança, não se premiando o pai que raptou a criança com um processo longo e moroso.

29. Assim sendo, quando está em causa uma situação de rapto internacional de crianças entre os Estados-Membros, o quadro jurídico a considerar é a Convenção de Haia de 1980 e o Regulamento Bruxelas II *ter*¹⁶.

¹² *Idem, ibidem*, pp. 33-34.

¹³ *Idem, ibidem*, p. 33.

¹⁴ Sobre o Regulamento Bruxelas II *ter* e sua articulação com a Convenção de Haia de 1980, v. A.S. DE SOUSA GONÇALVES, *Matérias Matrimoniais e Responsabilidades Parentais na União Europeia, O Regulamento EU 2019/1111*, Editora d'Ideias, Coimbra, 2023.

¹⁵ Recordamos que a cooperação judiciária em matéria civil é uma política da União, com fundamento legal no art. 81º do Tratado de Funcionamento, que se baseia no princípio da confiança e do reconhecimento mútuo de decisões em matéria civil e comercial. V. com mais pormenor, A.S. DE SOUSA GONÇALVES, *Da Responsabilidade Extracontratual em Direito Internacional Privado, A Mudança de Paradigma*, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 106-126 e 212-226.

¹⁶ Sobre a questão do âmbito de aplicação territorial, v., *supra*, pp. 44 e segs.

30. As disposições do Regulamento não colidem com as normas da Convenção de Haia de 1980, visando antes completá-la (Considerando 40 e art. 22º) e ultrapassar as deficiências que a aplicação da Convenção de Haia revelou, nomeadamente no plano da efetividade das decisões de regresso. Consequentemente, o art. 96º do Regulamento estabelece que em relação ao rapto internacional de crianças aplica-se a Convenção de Haia de 1980, complementada pelo regime do Regulamento (ideia reforçada no Considerando 40). Eventuais questões relativas à hierarquia de fontes e o respeito de compromissos assumidos internacionalmente pelos Estados-Membros são resolvidos pelo art. 36º da Convenção de Haia de 1980, que prevê a possibilidade de os Estados contratantes da convenção celebrarem entre si acordos para diminuir as restrições ao regresso da criança existentes na Convenção¹⁷.

31. Em relação ao conceito de criança no âmbito da responsabilidade parental, o Artigo 2, Seção 1 (6) do Regulamento Bruxelas II *ter* estabelece que criança significa qualquer pessoa com idade inferior a 18 anos. Todavia, no âmbito do rapto internacional, a noção de criança tem uma ligeira variação, que resulta da necessidade de articular o Regulamento com a Convenção de Haia de 1980. Uma vez que o Regulamento Bruxelas II *ter* visa melhorar a aplicação entre os Estados Contratantes da Convenção de Haia de 1980, o Considerando 17 e o art. 22º explicam que o regime jurídico do Regulamento relativo ao rapto internacional de crianças apenas é aplicável a crianças até aos 16 anos.

32. Também com espírito de complemento e harmonização com o regime da Convenção de Haia de 1980, que a noção de deslocação ou retenção ilícita de criança, ou seja de rapto internacional de crianças, para efeito de aplicação do Regulamento [prevista no art. 2º, n.º 2 (11)] acompanha a noção presente no art. 3º da Convenção de Haia, sendo definida como aquela situação em que a retenção ou deslocação da criança noutro Estado-Membro «a) viole o direito de guarda conferido por decisão judicial, por atribuição de pleno direito ou por acordo em vigor nos termos do direito do Estado-Membro onde a criança tinha a sua residência habitual imediatamente antes da deslocação ou retenção; e b) no momento da deslocação ou retenção, o direito de guarda estivesse a ser efetivamente exercido, quer conjunta, quer separadamente, ou devesse estar a sê-lo, caso não tivesse ocorrido a deslocação ou retenção». Ou seja, é necessário a violação do direito de guarda conferido pelo direito do Estado da residência habitual da criança antes da deslocação; e que o direito de guarda esteja efetivamente a ser exercido, ou devesse estar, não fosse a situação de rapto.

33. Também em relação à noção de direito de guarda prevista no Regulamento Bruxelas II *ter*, prevista no art. 2º, n.º 2 (9), esta também coincide com a noção que está presente no art. 5º, al. a) da Convenção de Haia de 1980, e recordamos que esta noção abrange os direitos e as obrigações referentes aos cuidados da criança, o que inclui o direito de decidir sobre o seu lugar de residência habitual.

34. Assim sendo, caso a questão decidida pela Audiência Provincial de Valencia se colocasse perante Estados-Membros, seria aplicado o regime jurídico do Regulamento Bruxelas II *ter* conjugado com a Convenção de Haia, e a solução final seria idêntica, uma vez que há uma coincidência relativamente ao conceito de rapto internacional de crianças entre os dois instrumentos jurídicos.

¹⁷ É certo que a Convenção de Haia de 1996 também tem disposições relativas ao rapto internacional de crianças. Todavia, nos termos do art. 97º, n.º 1, do Regulamento Bruxelas II *ter*, prevalecem as regras do Regulamento quando a criança reside habitualmente num Estado-membro (al. a), ou quando está em causa o reconhecimento e execução da decisão no território de um Estado-Membro, oriunda do tribunal competente de outro Estado-Membro, ainda que a criança resida num Estado que não integrando a União seja parte contratante daquela Convenção (al. b). Sobre o âmbito de aplicação daquela Convenção nesta matéria, v. C. BARUFFI, “Uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia a misura di minori: la sfida (in) compiuta dell’Unione europea nei casi di sottrazione internazionale”, *Freedom, Security & Justice*, 2017 (1), p. 11; C. HONORATI, “La tutela dei minori migranti e il diritto internazionale privato: quali rapporti tra Dublin III e Bruxelles II-bis?”, *RDIPP*, 2019, p. 703.

Denegación de exequátur por tribunal francés de una sentencia extranjera dictada por juez no competente: El caso «Nemagón» de Nicaragua

Refusal of exequatur by a French court of a foreign judgment rendered by a non-competent judge: The «Nemagon» case of Nicaragua

WILLIAM TORREZ PERALTA*
Investigador postdoctoral
Universidad de Alcalá, Madrid
ORCID ID: 0000-0003-4771-1603

Recibido: 10.10.2023 / Aceptado:04.12.2023

DOI: 10.20318/cdt.2024.8457

Resumen: En el presente artículo se analiza la denegación de una solicitud de exequátur por parte de un Tribunal francés de una resolución judicial firme de Nicaragua, con fundamento en la falta de competencia de los órganos jurisdiccionales de ese país. La no competencia del Tribunal nicaragüense se origina en virtud de que el legislador introduce la doctrina del *forum non conveniens* en la Ley Especial 364/2000, aprobada para proteger a las personas que fueron perjudicadas por el pesticida llamado «nemagón». Con dicha Ley se pretendía dar respuesta a los numerosos reclamos y resarcir los daños ocasionados a la salud de los obreros agrícolas que habían trabajado con este pesticida durante años en las plantaciones de banano en Nicaragua. El resultado fue el contrario al deseado. La extralimitación del legislador al acoger la tesis del *forum non conveniens* provocó que el Juez que había conocido del proceso declarativo en Nicaragua fuese considerado incompetente por el Tribunal de exequátur de Francia.

Palabras clave: Derecho comparado, ejecución extranjera, *forum non conveniens*, Nicaragua, Francia.

Abstract: This article analyzes the denial of an application for exequatur by a French Court of a final Nicaraguan judicial decision, based on the lack of jurisdiction of the Nicaraguan Courts. The lack of jurisdiction of the Nicaraguan Court arises from the fact that the legislator introduced the doctrine of *forum non conveniens* in the Special Law 364/2000, approved to protect the persons who were harmed by the pesticide called «nemagon». This law was intended to respond to the numerous claims and to compensate the damages caused to the health of agricultural workers who had worked with this pesticide for years in banana plantations in Nicaragua. The result was the opposite of what was desired. The excesses of the legislator in adopting the thesis of *forum non conveniens* caused the judge who had heard the declaratory proceeding in Nicaragua to be considered incompetent by the French Court of exequatur.

Keywords: Comparative law, foreign execution, *forum non conveniens*, Nicaragua, France.

* Trabajo redactado en el marco del Proyecto de investigación «Acceso a la justicia penal y civil en Nicaragua desde una perspectiva de género», dentro del Programa «María Zambrano para la atracción del talento internacional» convocada por la Universidad de Alcalá 2021-2023 y financiado por la Unión Europea «NextGenerationEU». Dirección electrónica: wtperalta@gmail.com / ernesto.torrez@uah.es

Sumario: I. Planteamiento. II. Antecedentes. III. Solicitud de ejecución de las sentencias nicaragüenses en Estados Unidos. IV. Solicitud de ejecución de la sentencia nicaragüense en Francia. 1. Resumen de los hechos. 2. Resolución del Tribunal francés. 3. Doctrina legal francesa. V. Doctrina del *forum non conveniens*. 1. La doctrina del *forum non conveniens* y la litispendencia internacional. 2. La doctrina del *forum non conveniens* en el ordenamiento nicaragüense. VI. Sobre la constitucionalidad de la Ley Especial 364/2000. VII. Conclusiones.

I. Planteamiento

1. Consolidada es la doctrina de que el derecho a la tutela judicial efectiva no concluye con la obtención de un fallo, sino que también incluye la ejecución de las resoluciones judiciales obtenida en un proceso declarativo; de ahí que las funciones jurisdiccionales de los Jueces y Tribunales sean, en el mismo plano de relevancia y por este orden, conocer y ejecutar lo juzgado. Como sostiene la doctrina jurisprudencial española: «La ejecución de sentencias es de esencial importancia para dar efectividad a la cláusula de Estado social y democrático de derecho, que implica, entre otras manifestaciones, la vinculación de todos los sujetos al ordenamiento jurídico y a las decisiones que adopten los órganos jurisdiccionales, no sólo juzgado sino también haciendo ejecutar lo juzgado»¹ (fj. 2).

2. En base a lo anterior, el derecho a la tutela judicial efectiva obliga al cumplimiento de lo acordado por los órganos jurisdiccionales², constituyendo dicho cumplimiento un mandato de justicia. Una interpretación contraria, convertiría al sistema judicial en un mero «declarador» del Derecho que de poco serviría a los justiciables que los Jueces y Tribunales le den la razón en sus pretensiones sí posteriormente, su derecho no es satisfecho por el condenado³.

3. Ahora bien, existen supuestos en que ese derecho a la ejecución de resoluciones judiciales no se satisface en la práctica por diferentes motivos. Uno de estos supuestos lo encontramos cuando la sentencia obtenida en el proceso declarativo previo no se ejecuta en el país de origen, sino que se pretende ejecutar en un Estado extranjero, allí donde se encuentran los bienes del condenado por sentencia firme. Nos encontramos, por tanto, ante una sentencia fruto de un proceso que se inició, desarrollo y concluyó en un Estado diferente a aquel donde se pretende ejecutar: se supera el principio de soberanía estatal en virtud del cual la sentencia sólo produce efectos en el territorio en que se dictó⁴.

4. Con el objeto de resolver estas situaciones, debido a la coexistencia de diferentes ordenamientos jurídicos, el principio de exclusividad de la soberanía de los Estado se complementa con la posibilidad que determinadas resoluciones judiciales extranjeras tengan eficacia en otros Estados. De lo contrario, se obligaría a las partes que han obtenido una sentencia estimatoria a sus pretensiones reiniciar un proceso en el país en donde quiere ejecutar dicha resolución, aumentando los riesgos de duplicidad de soluciones

¹ Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, STC) 107/1992, de 1 de julio. ECLI:ES:TC: 1992:107 (BOE núm. 177, de 24 de julio de 1992).

² La sentencia n.º 4-2010 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua puso de relieve que: «Derecho a la Tutela Judicial Efectiva que tiene su raíz en el artículo 34 de la Constitución, por cuanto todo ciudadano, sin exclusión tiene derecho de hacer petición; esto de acudir a la Administración de Justicia con el objeto de: 1) hacer peticiones a las autoridades; 2) obtener una respuesta de fondo o de forma, mediante resolución o sentencia; 3) dentro de los plazos establecido para ello; y 4) que dicha resolución o sentencia se haga ejecutar. De incumplirse con una de estas etapas se está violando el Principio de Tutela Judicial Efectiva y de Igualdad ante la Ley. Una sentencia no debe ser sólo una declaración de derecho, jurisprudencia y doctrina, sino que debe ejecutarse para no quedar archivada, cumpliendo con el preciado principio de Tutela Judicial Efectiva, y lo dispuesto en los artículos precitados, y el artículo 159 de la misma Constitución.: “Las facultades jurisdiccionales de juzgar y ejecutar lo juzgado corresponde exclusivamente al Poder Judicial”. [...]».

³ L. A. DIEGO DE DIEZ, *Sin ejecución del fallo no hay justicia*, Editorial Fe d' Erratas, Madrid, 2016, p. 21.

⁴ A-L CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Compendio de Derecho internacional privado*, 4ª ed., Rapid Centro Color, Print Services, Murcia, 2022, p. 105. En el mismo sentido, M.ª A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, «Lección 4. El reconocimiento, el exequátur y la ejecución de decisiones judiciales extranjeras», en *Manual de Derecho internacional privado*, 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2022, pp. 99-100.

judiciales, gastos económicos y de tiempo⁵. Como señala la doctrina, son razones de economía procesal y seguridad jurídica las que han llevado a los Estados a conceder eficacia a las sentencias extranjeras⁶.

5. Con todo esto, los Tribunales para proceder a homologar una resolución judicial extranjera requieren revisar si las garantías procesales se han cumplido en el Estado de origen, a falta de las cuales la sentencia no puede ser reconocida ni ejecutada. Aparece de este modo la institución del exequátur.

6. Este trabajo tiene por objeto el análisis de la sentencia dictada por el *Tribunal Judiciaire de Paris*⁷ el 11 de mayo de 2022 en el que se deniega la solicitud de exequátur en Francia de una sentencia dictada por un Tribunal civil de Nicaragua en contra de las transnacionales estadounidenses *Shell Oil Company*, *The Dow Chemical Company* y *Occidental Chemical Corporation*, fabricantes del pesticida *DiBromoCloroPropano* denominado comercialmente como «nemagón», que perjudicó a miles de obreros agrícolas que trabajaron en las plantaciones de banano.

7. El estudio de esta sentencia se proyecta sobre el motivo por el cual el órgano judicial francés rechaza conceder el exequátur a la sentencia nicaragüenses, el cual refiere a la extralimitación que el legislador de Nicaragua introdujo en la Ley 364/2000 de 5 de octubre⁸ Especial para la Tramitación de Juicios Promovidos por las Personas Afectadas por el uso de Pesticidas fabricados a base de DECP (en adelante, Ley Especial 364/2000), relativa a la teoría del *forum non conveniens*; lo que conllevó a que el proceso declarativo entablado en Nicaragua no surtiera su eficacia homologadora y ejecutiva en Francia.

8. En coherencia con lo señalado, trataremos en este trabajo de analizar los antecedentes que dieron lugar a la Ley Especial 364/2000 que es la norma que introduce la tesis del *forum non conveniens*. Posteriormente abordamos la solicitud de la ejecución de las sentencias nicaragüenses en Estados Unidos, procediendo a continuación con la solicitud de ejecución de la tercera sentencia nicaragüense en Francia, epígrafe en el cual estudiamos el resumen de los hechos, la resolución del Tribunal francés y la doctrina legal gala. Seguidamente se realizará un estudio sobre la doctrina del *forum non conveniens* y sobre la constitucionalidad de la Ley Especial 364/2000, finalizando este trabajo con unas notas conclusivas.

II. Antecedentes

9. En los años 90 una vez concluida la guerra civil que asoló a Nicaragua en la década de los ochenta del siglo XX, surgió un movimiento social que aglutinó a miles de trabajadores de las plantaciones de bananos en el occidente nicaragüense que habían sido perjudicados por el uso de un plaguicida norteamericano, llamado comercialmente «nemagón». Entre sus reivindicaciones exigían una indemnización para resarcir los daños causados a sus personas, especialmente en la salud donde manifestaban que ese agroquímico les había provocado insuficiencia renal crónica, esterilidad en los hombres, cáncer, enfermedades en la piel⁹, entre otras.

⁵ C. ESPLUGUES MOTA, G. PALAO MORENO y J. L. IGLESIAS BUHIGUES, *Derecho internacional privado*, 16ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 294-295.

⁶ A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, *Manual de Derecho internacional privado*, 4ª ed., Editorial Club Universitario, Alicante, 2022, p. 166. S. ADROHER BIOSCA, «Tema 8. Reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras I», en *Derecho internacional privado*, 2ª ed., Huygens Editorial, Barcelona, 2022, p. 126.

⁷ Para su consulta en: <https://www.actu-environnement.com/media/pdf/news-39635-TJP-jugement-11-05-22.pdf> (acceso 03.03.2023).

⁸ Publicada en La Gaceta Diario Oficial n.º 12 de 17 de enero de 2001.

⁹ S. R. BOHME, *Toxic injustice a transnational history of exposure and struggle*, University of California Press, Oakland, 2015, p. 175 y ss. C. R. GÓMEZ SUAREZ, «Tras los rostros de la lucha bananera en Nicaragua: organización, identidad y liderazgo local», *Anuario de estudios centroamericanos*, Universidad de Costa Rica. vol. 39, San José. 2013, p. 13 y ss. V. BOIX BORNAY, *El parque de las hamacas. El químico que golpeo a los pobres*, Icaria Editorial, Barcelona, 2007, pp. 141 y ss.

10. Se alegaba por parte de los trabajadores agrícolas que el daño causado se debía a un contacto directo y prolongado en el tiempo que comenzaría en los años sesenta y no terminaría hasta el año 1985¹⁰ para Nicaragua, situación muy similar para otros países latinoamericanos¹¹. Ténganse en cuenta que, para el caso de Estados Unidos, este plaguicida se producía y comercializaba desde 1955 hasta que fue prohibido en ese país en 1979¹².

11. Ante las protestas de este movimiento social, el gobierno nicaragüense impulsó la aprobación de la Ley Especial 364/2000 para favorecer los intereses de los afectados por el pesticida nemagón. Esta aprobación fue acogida por la población como un hecho histórico de enorme trascendencia puesto que habilitó la posibilidad de que el litigio se dirimiera en territorio nicaragüense¹³. De hecho, el objetivo de esta Ley, recogido en su artículo 1 es, específicamente, regular y facilitar el procedimiento para la tramitación de juicios en materia de indemnización a las personas afectadas en su salud por el uso del nemagón.

12. Bajo el paraguas de la Ley Especial 364/2000, las asociaciones de trabajadores y extrabajadores afectados por el señalado agroquímico interpusieron tres demandas contra de las trasnacionales norteamericanas productoras del pesticida¹⁴.

13. La primera demanda se interpuso en el 2002, en la que 3500 extrabajadores demandaron por la cantidad de 5 mil millones de dólares americanos a las compañías *Shell Oil Company*, *The Dow Chemical Company* y *Occidental Chemical Company*. Estas pretensiones indemnizatorias fueron estimadas por el Juzgado Segundo Civil de Distrito de Chinandega a favor de 853 obreros agrícolas por la cantidad de 490 millones de dólares.

14. En el año 2005 se presentó ante ese mismo órgano jurisdiccional una segunda demanda por la que se resolvió condenar a las empresas norteamericanas a pagar en concepto de indemnización la cantidad de 97 millones de dólares a favor de 150 extrabajadores de las bananeras.

15. Un último proceso dio inicio en 2006, en el cual 1700 obreros agrícolas interpusieron demanda ante el Juzgado Segundo Civil de Distrito de Chinandega, pretensión que fue estimada mediante sentencia número 432-2006, dictada el 1 de diciembre de 2006 a favor 1248 extrabajadores con derecho a indemnización por patologías graves tales como cáncer, esterilidad, por un monto de 804 millones de dólares¹⁵.

¹⁰ En Nicaragua se dejó de comerciar y utilizar el pesticida nemagón en 1985 con motivo del embargo comercial norteamericano que inició el 1 de mayo de ese año. Después de que el gobierno revolucionario perdiera el poder en las elecciones de febrero de 1990, la nueva administración de la señora Violeta Chamorro creó la Comisión Nacional de Plaguicidas que prohibió el uso de este agroquímico en virtud de la resolución administrativa de 18 de agosto de 1993 con fundamento en el Decreto n.º. 34-93 de 23 de junio, publicado en La Gaceta Diario Oficial n.º. 122 de 29 de junio de 1993. Esta resolución se ratificó posteriormente en el Acuerdo del Ministerio de Agropecuario y Forestal n.º. 23-2001 de 27 de julio.

¹¹ Aparte de Nicaragua de los años 60 a los 80 del siglo pasado los países que utilizaron el nemagón fueron: Guatemala, Honduras, Costa Rica, Panamá, República Dominicana, San Vicente, Colombia, Ecuador, Perú, Brasil, Filipinas, Costa de Marfil, Burkina Faso, España, Francia, Israel y Estados Unidos.

¹² L. VALLE OTERO, «Las mujeres y el nemagón: El largo camino hacia la justicia», en *Seguridad humana con enfoque de género*, Bilbao, 2007, pp. 107 y ss. En idéntico sentido, S/N, «Por los caminos van los campesinos... víctimas del nemagón», *Revista Envío*, Universidad Centroamericana, n.º. 279, Managua, 2005, <https://www.envio.org.ni/articulo/2958> (acceso 31.05.2023).

¹³ S. MORA SOLANO, «Reflexiones para el análisis comparativo de movimientos sociales: el caso de extrabajadoras y extrabajadores bananeros afectados por el nemagón en Costa Rica y Nicaragua», *Anuario de estudios centroamericanos*, Universidad de Costa Rica, vol. 39, San José, 2013, pp. 216-217.

¹⁴ Antes de que se aprobara la Ley Especial 364/2000, se venían dando ciertos acuerdos de negociación entre los obreros afectados y las compañías estadounidenses. Entre los acuerdos más importantes se encontraba el compromiso de los trabajadores a no demandar a las multinacionales a cambio de que los extrabajadores firmantes recibieran una cantidad de dinero en dólares americanos como indemnización. S. MORA SOLANO, «Reflexiones para el análisis comparativo de movimientos sociales: el caso de extrabajadoras y extrabajadores bananeros afectados por el nemagón en Costa Rica y Nicaragua», cit., p. 216.

¹⁵ Para su consulta en: <https://silo.tips/download/actor-lic-barnad-antonio-zavala-mojica-en-su-calidad-de-apoderado-demandado-stan#> (acceso 25.03.2023).

16. Esta sentencia dictada en primera instancia fue recurrida en apelación por las partes demandadas y confirmada por el órgano jurisdiccional de segunda instancia el 5 de agosto de 2010. De la sentencia dictada por el Tribunal de Apelaciones de la circunscripción occidental (León y Chinandega) se recurre de casación por las compañías demandadas, impugnación que fue desestimada por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua el 19 de noviembre de 2013.

III. Solicitud de ejecución de las sentencias nicaragüenses en Estados Unidos

17. Las sentencias firmes obtenidas en los dos primeros juicios llevados a cabo en Nicaragua, y a las que ya nos hemos referido, lo que conlleva el derecho a su ejecución en sus propios términos. Ahora bien, dado que las compañías demandadas no tenían ninguna presencia en el territorio nicaragüense, los representantes de los extrabajadores beneficiados por esas resoluciones judiciales procedieron a solicitar la ejecución de las mismas en Estados Unidos de América. Presentada la solicitud de exequátur, la Jueza Victoria Chaney de la Corte Superior de Los Ángeles, California, resolvió en abril de 2009 desestimar la solicitud de reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras, argumentando que en los procesos judiciales entablados en Nicaragua se ha verificado fuertes evidencias de fraude:

«[...] puesto que tanto abogados como terceros han reclutado a demandantes en Nicaragua que jamás han trabajado en plantaciones bananeras, han falsificado informes de laboratorio e incluso han llegado a intimidar a testigos que han colaborado en sacar a la luz estos fraudes»¹⁶.

18. Sobre este aspecto es menester señalar que el autor estadounidense TODD¹⁷ sostiene que las conclusiones a que llegó Jueza Chaney expresaron una posición generalizada porque:

«[...] debido a la naturaleza omnipresente del fraude que impregna en los casos de DBCP de Nicaragua. El Tribunal cuestiona la autenticidad y fiabilidad de cualquier prueba documental presentada por los demandantes que provenga de Nicaragua, y tiene serias dudas sobre la buena fe de cualquier demandante que afirme haber sufrido daños como resultado de la exposición al DBCP mientras trabajaba en una plantación bananera nicaragüense asociada con Dole».

19. Ante esta respuesta del Tribunal californiano, los letrados de los obreros agrícolas deciden no solicitar el exequátur en Estados Unidos con respecto a la ejecución de la sentencia del tercer y último proceso concluido en Nicaragua. Los abogados optan dirigirse a los Tribunales franceses a fin de solicitar el reconocimiento de homologación de la resolución judicial nicaragüense y proceder así a su ejecución en Francia, dado que en este país las empresas demandadas tienen bienes.

20. Estas mismas razones son las que abogan por la inaplicación de la teoría del *forum non conveniens* en Latinoamérica. Un importante sector doctrinal norteamericano encuentra deficiencias en la aplicación de esta tesis en estos países al considerar inadecuados a los Tribunales de estos Estados, en el sentido de que cuentan con escasos recursos para responder a demandas complejas por daños masivos; además, los mecanismos procesales y administrativos de los Tribunales latinoamericanos estaban orientados a resolver disputas individuales. La combinación de estos factores ocasiona que los jueces estén mal equipados para gestionar la logística de las demandas de cientos o incluso miles de demandantes

¹⁶ A. ROSENCRAZ y S. ROBLIN, «Tellez v. Dole: Nicaraguan Banana Workers Confront the U.S. Judicial System», *Golden gate university environmental Law journal*, vol. 7, n.º. 2, San Francisco, 2014, p. 117. <https://digitalcommons.law.ggu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1115&context=gguelj> (acceso 21.04.2023). R. V. PERCIVAL, «Liability for global environmental harm and the evolving relationship between public and private Law», *Liability for environmental harm and emerging global environmental Law*, 25, *Mid. J. Iuri*, 37, Maryland, 2010, pp. 20-21. https://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2021&context=fac_pubs (acceso 22.05.2023).

¹⁷ J. TODD, «Phantom Torts and Forum Non Conveniens Blocking Statutes: Irony and Metonym in Nicaraguan Special Law 364», *Inter-American Law Review*, *University of Miami*, vol. 43-2, n.º. 291, 2012, p. 321. <https://repository.law.miami.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=2496&context=umialr> (acceso 22.05.2023)

contra múltiples demandados. Otra crítica relativa a la idoneidad de los Tribunales es la presencia de corrupción judicial y la ausencia de independencia judicial en algunos países. Los casos de soborno, abuso y fraude están bien documentados en muchos sistemas judiciales de las Américas. De ahí que los informes anuales del Departamento de Estado de Estados Unidos manifiesten que el debido proceso no está presente en algunas jurisdicciones latinoamericanas, puesto que sus Tribunales suelen estar influenciados por la corrupción¹⁸.

21. En el caso concreto de Nicaragua y en lo que refiere a la Ley Especial 364/2000, TODD¹⁹ sostiene que la tesis del *forum non conveniens*:

«[...] no fue diseñada para tratar este tipo de reclamaciones, además tiene un sistema judicial sobrecargado y sin fondos suficientes, su propio sistema legal no podía atender estas reclamaciones [...]. En lugar de buscar otras opciones como la conciliación, la Ley tenía un defecto inherente que no hacía nada para explicar de que Nicaragua es un foro inadecuado en primer lugar: tribunales mal equipados, jueces sin formación y corrupción rampante. De hecho, la Ley Especial 364 alimentó la corrupción que ya existía en Nicaragua. La oportunidad de obtener sentencias del tamaño de las de Estados Unidos supuso un incentivo para que los abogados, jueces, líderes sindicales y trabajadores de laboratorio clínicos nicaragüenses se beneficiaran de su inversión en estos casos presentando miles de demandas [...]».

22. Por su parte, FURNISH²⁰ manifiesta que muchas demandas civiles por daños y perjuicios se inician en Estados Unidos contra empresas norteamericanas por el uso de productos químicos en varios países latinoamericanos, no responden al espíritu de la tesis del *forum non conveniens* sino por las elevadas indemnizaciones de dinero imposibles de obtener en esos Estados.

IV. Solicitud de ejecución de la sentencia nicaragüense en Francia

1. Resumen de los hechos

23. En diciembre de 2018 se interpuso demanda de solicitud de exequátur ante el *Tribunal Judiciaire de Paris* como órgano competente para decidir sobre la petición señalada. En este proceso, 1224 personas beneficiadas por la sentencia nicaragüense solicitan al Tribunal de Apelación francés las siguientes peticiones: a) que se declare la no existencia de acuerdo de cooperación judicial entre el Estado de Nicaragua y Francia, debiéndose aplicar las reglas del Derecho común en la tramitación y resolución del exequátur; b) que se declare que las compañías demandadas en Nicaragua fueron juzgadas por los tribunales de ese país, habiendo sido éstas debidamente notificadas durante todo el proceso hasta la obtención de la sentencia firme; c) que se declare que la sentencia dictada en el ordenamiento nicaragüense es ejecutiva en Francia y en el territorio de la Unión Europea con fundamento en el artículo 39 del Reglamento 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, y que se proceda a condenar en costas a las empresas demandadas.

24. En cuanto a los alegatos de fondo, los demandantes manifiestan que existe conexión entre el litigio y el Tribunal nicaragüense, por lo que no debe darse lugar a la doctrina anglosajona del *forum*

¹⁸ A. ALBRIGHT WILSON, «*In Personam Jurisdiction: A Confused and Inappropriate Substitute for Forum Non Conveniens*», *Texas Law Review*, vol. 71, n.º. 30, 1992, pp. 352-354. A. M. GARRO, «*Forum Non Conveniens: "Availability" and "Adequacy" of Latin American Fora from a Comparative Perspective*», *Inter-American Law Review, University of Miami*, vol. 35, n.º. 1, 2004, p. 84. J. TODD, «*Phantom Torts and Forum Non Conveniens Blocking Statutes: Irony and Metonym in Nicaraguan Special Law 364*», cit., p. 302-303. D. FIGUEROA, «*Conflicts of jurisdiction between the united states and Latin America in the context of forum non conveniens dismissals*», *Inter-American Law Review, University of Miami*, vol. 37, n.º. 4, 2005, pp. 149-150. <https://repository.law.miami.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1152&context=umialr> (acceso 07.05.2023).

¹⁹ J. TODD, «*Phantom Torts and Forum Non Conveniens Blocking Statutes: Irony and Metonym in Nicaraguan Special Law 364*», cit., p. 323-324.

²⁰ D. B. FURNISH, «*El forum non conveniens y el lis alibi pendens. Apuntes para una comparación sistémica y sistemática en la administración de justicia*», *Anuario español de Derecho internacional privado*, t. XV, Madrid, 2014-2015, p. 324.

non conveniens invocada por las empresas norteamericanas incompatible, por otro lado, con el ordenamiento jurídico europeo. Añaden que el procedimiento seguido ante los órganos jurisdiccionales de Nicaragua se ajusta al orden público internacional y a los principios del proceso civil de inspiración romano-germánica, y que, por tanto, no hay conflicto con el orden internacional francés. Por último, los demandantes rechazaron las alegaciones formuladas por las compañías demandadas sobre la falta de independencia e imparcialidad de los Tribunales de Nicaragua supuestamente bajo control de los partidos políticos mayoritarios.

25. De lo anterior, se notificó a las empresas demandadas para que alegasen lo que estimaran oportuno. En tres escritos separados, alegaron los siguientes: a) que se declare la nulidad de las citaciones efectuadas a 18 demandantes fallecidos antes de la interposición de esta solicitud de exequátur; b) que se declare la inadmisibilidad de la acción de 392 personas que se presentan como terceros, que actúan en nombre y cuenta de determinados demandantes fallecidos sin justificarlo y que por ello carecen de legitimación activa; c) que se declare la inadmisión de un determinado número de demandantes representados por cesionarios que no justifican su legitimación activa; d) que se declare el sobreseimiento del procedimiento en relación con 62 personas demandantes fallecidos durante el procedimiento, con respecto a la cual no se reanuda el proceso; e) que se declare inadmisibles las pretensiones de los actores; y f) que se declare inejecutable en el territorio francés la sentencia las sentencias dictadas por los Tribunales nicaragüenses con fundamento en el Reglamento de la Unión Europea 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012; y g) que se condene solidariamente en costas a los demandantes.

26. En lo que respecta al fondo del asunto, los demandados alegaron que la solicitud de exequátur era inadmisibles debido a que la acción para solicitar la ejecución de la sentencia de Nicaragua estaba ya prescrita, puesto que la sentencia se hizo inmediatamente ejecutable el 5 de diciembre de 2006 de conformidad con la legislación nicaragüense, y que el plazo de prescripción empezó a correr hasta la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de noviembre de 2013, sin que haya sido interrumpida por el recurso de apelación, cumpliéndose así los cinco años que, según ellos, marcan el plazo de prescripción conforme al Derecho común. Por último, igualmente manifestaron que la sentencia fue dictada mediante fraude, debido a la colusión entre la Jueza nicaragüense y los abogados de los demandantes, quienes conspiraron para fabricar pruebas de esterilidad y resolver el proceso en beneficio de los actores, razón por la cual las empresas impugnaron la competencia de la Jueza Socorro Toruño, con fundamento en el artículo 7 de la Ley Especial 364/2000, renunciando, de este modo, al depósito de la fianza que exige el precepto 4 de la misma Ley²¹.

2. Resolución del Tribunal francés

27. El órgano jurisdiccional francés consideró resolver cada uno de los alegatos formulados por las partes en conformidad con el *Code de Procédure Civile* (en lo sucesivo, CPCF):

- 1) En cuanto a la excepción de inadmisibilidad fundamentada en la legitimación activa por la falta de capacidad de 392 personas, que al igual que otros 46 demandantes fallecidos, es un fundamento válido, puesto que efectivamente carecen de legitimación activa. Se declaran inadmisibles todas las pretensiones de 438 personas de conformidad con el artículo 32 del CPCF. Para el resto de las personas demandantes su legitimación está acreditada por haber sido parte en la sentencia nicaragüense y en la presente solicitud de exequátur.

²¹ El art. 4 de la Ley 364/2000 señala lo siguiente: «Las empresas demandadas deberán depositar para garantizar los resultados del juicio dentro de los noventa (90) días de haberse iniciado los juicios respectivos ante los tribunales de la República, la suma de cien mil Dólares o su equivalente en Córdobas al tipo de cambio oficial vigente al momento del depósito en el juzgado respectivo como condición procesal para poder tener participación en el juicio. Las personas que se presenten como parte demandante gozarán por estricto imperio de la presente Ley del beneficio de pobreza establecido en nuestra legislación vigente».

- 2) En lo que respecta a la inejecutabilidad de la sentencia de Nicaragua, el Tribunal francés manifiesta que incumbe al «demandante demostrar que la resolución cuya ejecución se solicita es ejecutiva en el país que se dictó». En este sentido, el órgano jurisdiccional francés cita el artículo 14 de la Ley Especial 364/2000, que señala lo siguiente: «Las apelaciones a las sentencias de primera instancia, producto de la aplicación de estas normas serán solamente en el efecto devolutivo y no impedirán los pagos ni los depósitos en garantía ordenados en esta Ley».

De lo anterior, el Tribunal de exequátur es del criterio que la sentencia dictada por la Jueza Civil de Distrito de Chinandega, Nicaragua «era ejecutable provisionalmente desde el momento en que se dicta el 1 de diciembre de 2006, a pesar del recurso de apelación interpuesto por las empresas demandadas» (*Motifs de la décision: Sur la fin de non-recevoir tirée du caractère non-exécutoire du jugement nicaraguayen, page 105, Jugement*).

En este sentido, es correcta y apegada a Derecho la interpretación del Tribunal de París puesto, que el artículo 463²² del antiguo Código de Procedimiento Civil de 1906 de Nicaragua²³ (en adelante, CPCN/1906) permitía la ejecución provisional de una resolución favorable pendiente de recurso, declarando incorrecto los alegatos formulados por las partes demandadas, que sostenían que los artículos 438, 439 y 509 del citado Código impedían ejecutar una sentencia hasta agotado el recurso de apelación. Por lo que el argumento esgrimido por las empresas demandadas no contradice el artículo 14 de la Ley Especial 364/2000.

- 3) En lo que corresponde a la prescripción de la sentencia nicaragüense, el órgano de exequátur les recuerda a los demandados que esa interpretación no es válida puesto, que la jurisprudencia de Nicaragua ha sostenido que «el plazo negativo de prescripción contra las resoluciones judiciales corre a partir del día en que la sentencia cuya ejecución se solicita sea irrevocable y haya adquirido autoridad de cosa juzgada». Por lo que, en el caso concreto el plazo de prescripción extintiva comenzó a correr a partir del 19 de noviembre de 2013 cuando se dictó la sentencia de casación por parte de la Corte Suprema de Justicia. De lo anterior el Tribunal francés, llega a la siguiente conclusión:

«[...] se deduce que la sentencia dictada el 1 de diciembre de 2006 por el Tribunal de Chinandega, República de Nicaragua sigue siendo ejecutable cuando se inició el procedimiento de exequátur mediante el escrito de demanda de 26 de diciembre de 2018 [...]». «El argumento de que la sentencia extranjera no es ejecutable carece de fundamento, por lo que será desestimada» (*Motifs de la décision: Sur la fin de non-recevoir tirée de la prescription française de droit commun, page 106, Jugement*).

- 4) En lo que concierne a la excepción de inejecutabilidad basada en la prescripción del Derecho común francés. El Tribunal de exequátur señala que «para ser declarada ejecutiva en Francia una sentencia extranjera esta debe ser ejecutiva en su país de origen, cuya existencia debe apreciarse a la luz de la ley procesal extranjera». De ahí que la resolución nicaragüense puede ser aceptada en Francia para producir los mismos efectos ejecutorios que en el país de origen, siempre y cuando se cumplan las condiciones de fondo exigidas para el exequátur. A este respecto el órgano jurisdiccional francés, si bien cita el artículo 2224 del Código Civil que prevé un plazo de prescripción extintiva de cinco años para las acciones personales o

²² Dicho precepto establecía: «No se suspenderá la ejecución de la sentencia o del auto, cuando haya sido admitida la apelación en un sólo efecto. En este caso, si la apelación fuere de sentencia definitiva, se remitirán los autos originales al superior; pero antes deberá sacarse en un breve término testimonio de lo necesario para ejecutarla, sin perjuicio de continuar la actuación en pieza Si la apelación recayere sobre auto o sentencia interlocutoria, se sacará testimonio de lo necesario para remitirlo al superior, observándose lo dispuesto al final del inciso anterior». Como puede observarse tal como manifiesta el Tribunal francés, la legislación procesal nicaragüense permitía la ejecución provisional de sentencias, pendientes de recurso, condicionada a la admisión del recurso en un solo efecto, previa caución al ejecutante para responder por los daños y perjuicios que le pudiera ocasionar al ejecutado la revocación de la sentencia recurrida. W. TORREZ PERALTA, «La ejecución provisional civil en las últimas reformas procesales en Iberoamérica», *Revista general de Derecho procesal*, n.º. 57, Madrid, 2022, pp. 21-22.

²³ El Código de Procedimiento Civil de 1906 fue derogado por la Ley 902/2015, de 5 de agosto, de Código Procesal Civil (en lo sucesivo, CPCN/2015), publicado en La Gaceta Diario Oficial n.º. 191 de 9 de octubre de 2015.

mobiliarias que sean acciones de fondo, señala que esta disposición no es aplicable a una acción de ejecución de sentencia extranjera, máxime cuando el Juez de ejecución carece de competencia para pronunciarse sobre el fondo de la pretensión objeto de la sentencia (*Motifs de la décision: Sur la fin de non-recevoir tirée de la prescription française de droit commun, page 106, Jugement*).

Por lo tanto, la excepción de inadmisibilidad basada en la prescripción de la acción de exequátur es infundada y se desestima.

- 5) En lo que corresponde a la solicitud de sobreseimiento del proceso, el Tribunal francés sostiene que este incidente previsto en los arts. 369 y siguientes del CPCF debió haber sido resuelto por el Juez de instrucción, por lo que la solicitud formulada es declarada inadmisibile (*Motifs de la décision: Sur la demande d'interruption de l'instance, page 106, Jugement*).
- 6) En cuanto al fondo del asunto, el órgano judicial de París sostiene con fundamento en el artículo 509 CPCF, que las sentencias dictadas por tribunales extranjeros son ejecutables en Francia en la forma y en los casos establecidos por la ley.

28. A tal efecto, Francia y Nicaragua no están vinculadas por ningún tratado bilateral en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias²⁴. De ahí que la concesión de exequátur se regirá en este caso por las disposiciones del Derecho común (*Motifs de la décision: Sur le fond, page 107, Jugement*). En base a lo anterior, el órgano jurisdiccional francés deberá asegurarse de que se cumplen los siguientes tres requisitos: a) relativos a la competencia indirecta del Tribunal extranjero; b) respeto del orden público internacional; y c) que en el procedimiento haya habido ausencia de fraude.

29. Sentado estos requisitos el Tribunal parisino procede a examinar el primero, es decir, la competencia de los órganos jurisdiccionales extranjeros. Este criterio se cumple siempre que la Ley no atribuya competencia exclusiva a los Tribunales franceses, por lo que se deberá reconocerse la competencia del Juez o Tribunal extranjero si el litigio está claramente relacionado con el país en el que se encuentra el órgano judicial. Por tal razón, el Tribunal francés cita textualmente Ley Especial 364/2000 de Nicaragua que dispone:

«Artículo 7. Las empresas que dentro de los noventa (90) días de notificada la presente Ley por parte del demandante y notificada la demanda por la vía correspondiente, no hayan depositado la suma establecida en el Artículo 4 de la misma, deberán someterse incondicionalmente a la jurisdicción de los tribunales de los Estados Unidos de Norte América para la decisión definitiva del caso en cuestión, renunciando de manera expresa a la excepción de “Forum No Conveniente” alegada en aquellos Tribunales. En el caso que las empresas demandadas decidan que el proceso continúe en los tribunales nicaragüenses, estas deberán depositar la cantidad establecida en el Artículo 4 de la presente Ley». Y el artículo 15 de la misma norma establece: «Se declara esta Ley de orden público y de interés social y nacional. La presente Ley también será aplicable a procesos judiciales ya iniciados al tiempo de su entrada en vigencia». (*Motifs de la décision, Sur la compétence du juge étranger, page 107, Jugement*).

30. De los preceptos transcritos el Tribunal galo deduce que las compañías demandadas tenían dos opciones: continuar el procedimiento en Nicaragua, haciendo el depósito de garantía que requiere el artículo 4 de la Ley Especial 364/2000 o, ejercer su derecho de exclusión voluntaria sometiéndose

²⁴ Nicaragua no tiene suscrito ningún Tratado bilateral sobre reconocimiento y ejecución de títulos extranjeros. En cuanto a Convenios de carácter multilateral, Nicaragua tiene firmado el Convenio de la Habana de 13 de febrero de 1928 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil conocido también como Código de Derecho Internacional Privado o Código de Bustamante. No está demás señalar que de acuerdo con la doctrina científica el Código de Bustamante es un texto limitado, inadecuado y obsoleto, que carece de una verdadera significación real, y que ha tenido una limitada aplicación en la jurisprudencia de los países latinoamericanos. J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, «¿Por qué la República Dominicana necesita una Ley de Derecho Internacional Privado?», *Anuario de estudios de Derecho internacional privado*, t. XIII, Madrid, 2013, pp. 788 y 794. D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, «Aspectos esenciales de la competencia judicial internacional en vista de su reglamentación interamericana», en *Estudios de Derecho internacional, Libro homenaje al Profesor Santiago Benadava*, t. II, Editorial Librotecnia, Santiago, 2008, p. 308.

incondicionalmente a la jurisdicción norteamericana (*Motifs de la décision, Sur la compétence du juge étranger, page 107, Jugement*), opción ésta última que fue la ejercida por los demandados quienes, en opinión del órgano de exequátur francés, aceptaron someterse expresamente a los Tribunales norteamericanos, renunciando al *forum non conveniens* de conformidad con el precepto citado de la señalada Ley, al no depositar la garantía o caución prevista en el art. 4 de la mencionada disposición legal, la que representaba aproximadamente una suma de 19 millones de dólares americanos.

31. A terno de lo anterior, el Tribunal de exequátur resolvió lo siguiente:

«[...] De ello se deduce que el ejercicio de este derecho privó al tribunal nicaragüense de toda competencia. Por tanto, la sentencia dictada el 1 de diciembre de 2006 por el Juzgado Segundo de lo Civil del Distrito de Chinandega (República de Nicaragua) fue dictada por un juez incompetente» (*Motifs de la décision, Sur la compétence du juge étranger, page 108, Jugement*).

32. Concluido el análisis de este primer requisito necesario para conceder el exequátur, y habiendo resultado en sentido desfavorable, el Tribunal parisino omite entrar a estudiar el resto de los presupuestos, condenando solidariamente al pago de las costas procesales por la cantidad de 6 mil euros a favor de cada una de las compañías demandadas de conformidad con el art. 700 del CPCF.

33. La sentencia del Tribunal galo es clara y no admite interpretaciones, confirmando que el ordenamiento jurídico nicaragüense sin lugar a duda acepta expresamente en el texto de la Ley Especial 364/2000 la teoría del *forum non conveniens*, y que, por tal razón no le correspondía al Juez de Nicaragua conocer de ese proceso, puesto que los demandados no hicieron el depósito exigido por la norma, lo que daba lugar a que el proceso se archivara o sobreseyera, y las compañías se sometieran a la jurisdicción norteamericana. Asimismo, reitera el órgano judicial francés que el artículo 17 de la mencionada Ley determina que es de orden público y de interés social y nacional, por lo que se está en presencia de una norma de carácter imperativo.

34. Cerramos este epígrafe con la literalidad del fallo:

«Declarar inejecutables en territorio francés la sentencia del Juzgado Segundo de lo Civil de Chinandega (República de Nicaragua) de 1 de diciembre de 2006, así como la sentencia confirmatoria del Tribunal de Apelación de León de 5 de agosto de 2010 y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua de 18 de agosto de 2011, 21 de junio de 2012 y 19 de noviembre de 2013.

Condenar solidariamente a los demandantes al pago de todas las costas del procedimiento» (*Par ces Motifs, page 115-116, Jugement*).

3. Doctrina legal francesa

35. En Francia como en cualquier otro Estado, la exclusividad para homologar y ejecutar una resolución judicial extranjera en su territorio les corresponde a los órganos jurisdiccionales²⁵. Conforme a la legislación procesal civil francesa, la petición de exequátur deberá presentarse ante el *Tribunal de Grande Instance* (órgano de primera instancia), de la resolución que dicté este Tribunal cabe recurso de apelación ante la *Cour de Cassation* (Tribunal Supremo).

²⁵ Debe tenerse en cuenta la diferencia entre la homologación y el exequátur. Se entiende por homologación de una resolución judicial extranjera, cuando está despliega sus efectos declarativos, constitutivos o de cosa juzgada, pero sin eficacia ejecutiva. En cambio, el exequátur es la homologación de una sentencia extranjera que le permite desplegar su eficacia ejecutiva, al tener carácter constitutivo-procesal. F. GASCÓN INCHAUSTI, «Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil», *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 7, n.º. 2, Madrid, 2015, p. 160. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/2782> (acceso 12.05.2023).

36. El CPCF determina en su artículo 509 que: «Las sentencias dictadas por tribunales extranjeros y las actas recibidas por funcionarios del estado civil, extranjero son ejecutables en el territorio de la República en la forma y en los casos previstos por la ley». No existe en la legislación francesa una disposición que explícitamente recoja las causas de denegación de una solicitud de exequátur de sentencia transfronteriza. Si, además, no existe un Tratado internacional en esta materia entre ambos países, como sucede en el caso con Nicaragua, es la jurisprudencia la que da una respuesta a estas situaciones cuando en la sentencia número 62-12.438, de 7 de enero de 1964 en el caso *Munzer* la *Cour de Cassation* comenzó a establecer cuatro controles procesales de revisión a las sentencias extranjeras²⁶. Sin embargo, el Tribunal supremo francés a partir de la sentencia número 66-10.294, de 4 de octubre de 1967 en el caso *Bachir*²⁷ suprimió el control de legalidad del procedimiento seguido en el extranjero y lo reintegro en el requisito del orden público.

37. Pues bien, a partir de la sentencia número 05-14.082, de 20 de febrero de 2007, en el caso *Cornelissen* tres son los requisitos a los que la doctrina legal gala somete las resoluciones judiciales foráneas: 1) competencia indirecta de los Tribunales extranjeros; 2) conformidad con el orden público internacional; y 3) ausencia de fraude de Ley²⁸.

38. De los tres requisitos señalados, únicamente analizaremos el primero puesto que es el motivo por el cual se fundamentó la resolución francesa para denegar el exequátur de la sentencia extranjera.

39. El Tribunal de París manifiesta en su resolución que es requisito indispensable reiterado por la jurisprudencia a partir de la sentencia número 83-11-241, de 6 de febrero de 1985 de la *Cour de Cassation*, en el caso *Simitch*²⁹, que para proceder a resolver un supuesto de exequátur se haga un control de la competencia de la autoridad judicial de origen, puesto que con esto la doctrina legal exige que los foros de competencia extranjera, en este caso concreto, nicaragüenses equivalgan a los establecidos por la Ley francesa, por lo que el órgano de exequátur no reconoce efectos en Francia a las sentencias dictadas en Nicaragua puesto que no era competencia de los Tribunales nicaragüenses conocer de ese proceso declarativo, en virtud de la doctrina del *forum non conveniens* que se recoge en la Ley Especial 364/2000.

40. La doctrina legal francesa no cuestiona si el *forum non conveniens* es válido o no en Nicaragua, lo que el Tribunal de exequátur revisa es que el Juzgado elegido por el actor es fraudulento, es decir, que acude a una jurisdicción ficticia, puesto que esa sentencia dictada por ese Juez carece de toda independencia, por lo que la resolución judicial nicaragüense no puede surtir efectos en Francia. Por tanto, lo que se desprende es que el demandante actuó de mala fe procesal buscando órganos jurisdiccionales a su conveniencia, situación que no es permitida por los ordenamientos jurídicos.

²⁶ A-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Ejecución de resoluciones patrimoniales en la Unión Europea: Reglamento 44/2001 de 22 de diciembre de 2000», *International Law/Revista colombiana de Derecho internacional, Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá*, n.º. 3, 2004, Bogotá, p. 380.

²⁷ Puede consultarse dicha sentencia en: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000006976566/>

²⁸ La propia sentencia francesa de denegación del exequátur nicaragüense se fundamenta en la jurisprudencia reiterada por la *Cour de Cassation* al afirmar: «*Conformément à l'arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 20 février 2007 dans l'affaire Cornelissen, pour accorder l'exequatur hors de toute convention internationale, le juge français doit s'assurer que trois conditions sont remplies, tenant à la compétence indirecte du juge étranger, fondée sur le rattachement du litige au juge saisi, à la conformité à l'ordre public international de fond et de procédure et à l'absence de fraude à la loi*» (*Sur le fond, page 107, Jugement*).

²⁹ En esta sentencia el Tribunal Supremo francés considera al órgano jurisdiccional extranjero competente «si el litigio está ciertamente relacionado con el foro del país de origen y si la elección del Tribunal no ha sido fraudulenta». Resolución judicial que puede verificarse en: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007015413>. Sobre esta sentencia puede consultarse, entre otras fuentes: C. KLEINER, «Tendencias actuales en Derecho internacional privado francés», en *XXXIII Curso de Derecho Internacional: El Derecho Internacional en las Américas: 100 años del Comité Jurídico Interamericano*, Rio de Janeiro, 2006, p. 403. A. BUCHER, *La dimension sociale du Droit international privé*, Éditorial Académie de Droit International de La Haye, Den Haag, 2011, pp. 385 a 392. A. PONSARD, «Le contrôle de la compétence des juridictions étrangères», en *Droit International Privé*, Éditorial Persée, Paris, n.º. 7, 1988, pp. 50 y ss. https://www.persee.fr/docAsPDF/tcfdi_1140-5082_1988_num_7_1985_1476.pdf (acceso 27.05.2023).

41. El caso en comento es a todas luces un supuesto de incompetencia de jurisdicción, de manera que la Jueza Civil de Distrito de Chinandega, Nicaragua, procede a continuar con el proceso una vez que las partes pasivas no depositan dentro de los 90 días de notificada la demanda la caución que exige el art. 7 de la Ley Especial 364/2000, tal como lo precisa el Tribunal francés en su sentencia.

42. Ahora bien, hay que tener en cuenta las normas del Derecho procesal civil nicaragüense en lo que concierne a la competencia de los Tribunales. En este sentido, el artículo 252 del CPCN/1906 vigente al momento de ese conflicto disponía: «Para que los Jueces y Tribunales tengan competencia se requiere: 1º Que el conocimiento del juicio o de los actos en que intervengan, esté atribuido por la ley a la autoridad que ejerzan [...]».

43. De lo anterior nos preguntamos, ¿cómo podía controlar la Jueza de instancia su propia competencia? La antigua norma procesal nicaragüense en numerosos preceptos disponía tanto un control de oficio como a instancia de parte. Así, de este modo, el artículo 303 del CPCN/1906, expresaba:

«1º. En ningún caso se promoverán de oficio las cuestiones de competencia en los asuntos civiles; pero el Juez que se crea incompetente podrá abstenerse de conocer, previendo a las partes que usen de su derecho ante quien corresponda. Este auto será apelable en ambos efectos»³⁰.

44. En lo que respecta al control a instancia de parte, ésta se produjo por las empresas demandadas, tal y como hizo constar la sentencia de exequátur francesa. Efectivamente, las compañías norteamericanas denunciaron la falta de competencia del Juez nicaragüense por vía de la excepción dilatoria de «incompetencia de jurisdicción», en conformidad con el artículo 821 del CPCN/1906. Y así lo señaló la Jueza Civil de Chinandega en el considerando II de la sentencia:

«Durante el transcurso de la presente causa, las demandadas han argumentado reiteradamente que esta autoridad carece de jurisdicción pues siendo empresas extranjeras, la jurisdicción natural para demandarlas sería la de sus domicilios, que están en los Estados Unidos de América [...]. «Y es que en principio nuestra Constitución Política, en su Artículo 52 de la Constitución Política de Nicaragua prescribe que “Los ciudadanos tienen derecho de hacer peticiones, denunciar anomalías y hacer críticas constructivas, en forma individual o colectiva, a los Poderes del Estado o cualquier autoridad; de obtener una pronta resolución o respuesta y de que se les comunique lo resuelto en los plazos que la ley establezca”, lo cual por sí solo es asidero suficiente para que un ciudadano o grupo de ciudadanos nicaragüenses recurran ante un juzgado nacional a demandar a quien ellos consideren les ha hecho un daño. Pero en el caso de autos, hay además una norma específica que es la Ley 364, que en su artículo 12 expresamente fija la competencia de los Juzgados de Distrito para lo Civil de Nicaragua como los competentes para conocer de casos relacionados a la aplicación y daños ocasionados por el DBCP. Pero aún y cuando no se aplicase tal ley, existen suficientes elementos que confirman la jurisdicción de los tribunales nicaragüenses: el DBCP se usó en Nicaragua bajo la dirección de las empresas Dole Food Company y Standard Fruit Co., aquí se produjeron sus efectos dañinos [...]» (pp. 65-70).

45. En consecuencia, la Jueza de instancia de Chinandega resolvió en su sentencia al señalar en el fallo:

«VI. NO HA LUGAR a las excepciones de Incompetencia de Jurisdicción y de Excepción de Efectuar el Depósito que establece el art. 4 de la Ley 364 opuestas por la Demandada Chiquita Brands International Inc. VII. NO HA LUGAR a las Excepciones: de Incompetencia de Jurisdicción en base al art. 7 de la Ley 364, de Ilegitimidad de Personería en el Demandado, de efectuar el depósito establecido en el art. 4 de la Ley 364» (p. 81).

³⁰ Esta disposición legal quedó finalmente redactada de la siguiente manera en el art. 42 del nuevo CPCN/2015: «Las reglas legales atributivas de la competencia territorial son de carácter imperativo. Las actuaciones llevadas a cabo en ausencia de competencia territorial imperativa, serán absolutamente nulas. La autoridad Judicial examinará de oficio su propia competencia inmediatamente después de presentada la demanda; en caso contrario, solamente podrá ser apreciada cuando la parte demandada o quienes puedan ser parte legítima en el proceso, propusieren en tiempo y forma la declinatoria».

46. El resultado de esta resolución judicial nicaragüense fue la continuidad de la causa ante su instancia hasta el dictado de la sentencia, finalmente, estimatoria. Téngase en cuenta que las señas disposiciones de competencia son inderogables por voluntad de las partes, de ahí que el órgano judicial francés haya hecho mención en la sentencia en comentario del artículo 15 de la Ley Especial 364/2000 que determina: «Se declara esta Ley de orden público y de interés social y nacional [...]». El Tribunal parisino entiende que, con esta norma, la Jueza nicaragüense tendría que haber estimado su falta de competencia, procediendo a abstenerse de conocer y resolver ese proceso, ordenando el archivo definitivo de la causa.

47. Estamos, por tanto, frente a una falta de competencia que origina una nulidad radical o de pleno derecho del proceso la que tuvo que ser apreciada de oficio por el Juez nicaragüense en cualquier momento del juicio, tanto en primera como en segunda instancia e incluso en casación.

V. Doctrina del *forum non conveniens*

48. Como se señalaba anteriormente, el artículo 7 de la Ley Especial 364/2000 contiene expresamente el principio del *forum non conveniens*, doctrina en virtud del cual un Tribunal de un Estado se abstiene de conocer de un proceso por entender que le corresponde a otra jurisdicción extranjera, con fundamento en la existencia de un foro alternativo más adecuado o en mejores condiciones para resolver el conflicto suscitado por tener una mayor conexión con el supuesto planteado³¹.

49. Esta teoría está justificada en la potestad discrecional que tiene un órgano judicial competente de decidir el traspaso de la jurisdicción tras una evaluación atenta y rigurosa de los intereses de todas las partes intervinientes, a los intereses privados y públicos y a los fines de la justicia³² sin perder de vista los elementos facticos del caso concreto³³.

50. Entre los intereses privados que se señalan están los relativos a la facilidad para acceder a los medios de prueba, la comparecencia de las partes al proceso, la localización de la mayoría de los testigos, la posibilidad de examinar las cuestiones físicas en litigio, la posibilidad de ejecutar la sentencia,

³¹ A-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Tratado de Derecho internacional privado*, t. I, 2ª ed, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 398. M. GUZMÁN ZAPATER (Directora), M. GÓMEZ JENE, M. HERRANZ BALLESTEROS, E. PÉREZ VERA y M. VARGAS GÓMEZ.URRUTIA, *Lecciones de Derecho internacional privado*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 102. M. VIRGÓS SORIANO y F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª ed., Thompson-Civitas, Pamplona, 2007, p. 61. J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, «Rigidez versus flexibilidad en la ordenación de la competencia judicial internacional: el *forum necessitatis*», en *Desarrollo moderno del Derecho internacional privado, Libro homenaje al Dr. Leonel Pereznieta Castro*, Tirant lo Blanch, México, 2017, p. 239. C. OTERO-GARCÍA-CASTRILLÓN, «En torno a los problemas de aplicación de las normas de competencia judicial: reflexiones sobre la admisibilidad del *forum non conveniens* en el Derecho español», *Anuario español de Derecho internacional*, t. I, Madrid, 2001, p. 3. B. SÁNCHEZ LÓPEZ, «Responsabilidad parental y la aplicación del *forum non conveniens* de carácter reglado del artículo 15 del Reglamento (CE) N.º. 2201/2003: La STSUE de 27 de octubre de 2016», *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 10, n.º. 1, Madrid, 2018, p. 642. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/4145/2674> (acceso 03.05.2023). A. ROMERO SEGUEL, «La falta de jurisdicción y su denuncia en el proceso: las excepciones procesales y materiales», *Revista chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile*, Santiago, vol. 31, n.º. 1, 2004, pp. 187-188. M. FONT- MÁZ, «Los obstáculos de una demanda de responsabilidad civil transnacional por violación de derechos humanos: desde la perspectiva del titular del derecho», *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.º. 63, Bilbao, 2000, p. 127. M. DE PRADA RODRÍGUEZ y R. MUÑOZ ROJO, *El proceso civil inglés*, Comares, Granada, 2014, pp. 36-37. A. ARRUBAT CÁRDABA, «La competencia judicial internacional», en *Derecho internacional privado*, Huygens Editorial, Barcelona, 2013, p. 65.

³² C. A. GABUARDÍ, «Entre la jurisdicción, la competencia y el *forum non conveniens*», *Boletín mexicano de Derecho comparado*, año XLI, n.º. 121, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, DF, 2008, pp. 91-92. <https://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v41n121/v41n121a4.pdf> (acceso 02.06.2023).

³³ D. W. RIVKIN y S. M. GROSSO, «¿Qué ocurre si las cosas salen mal? El concepto de *forum non conveniens* en los procesos judiciales en los Estados Unidos de América», *Advocatus, Facultad de Derecho, Universidad de Lima*, n.º. 11, Lima, 2005, p. 41. <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/2614/2524> (acceso 09.06.2023).

las disposiciones contractuales que especifiquen las normas aplicables, es decir, la sumisión expresa³⁴ entre otras consideraciones.

51. En lo que concierne a los factores de interés público relevante se toma en cuenta las dificultades administrativas del Tribunal, la agilidad de los trámites procesales, los costes económicos del proceso, nacionalidad de los actores, injusticia de asignar a los jurados aquellos casos que no tienen impacto en su comunidad³⁵.

52. Es de señalar que la doctrina del *forum non conveniens* nace en el Derecho escocés a mediados del siglo XIX, extendiéndose posteriormente a otros países del *common law* tales como Inglaterra, Irlanda, Estados Unidos, Canadá, Nueva Zelanda y Australia³⁶.

53. En la actualidad los órganos jurisdiccionales de los Estados del sistema *common law* aplican la teoría del *forum non conveniens* para marcar un límite de control de las cláusulas de sumisión expresa. Asimismo, se aplica en los casos de litispendencia³⁷.

1. La doctrina del *forum non conveniens* y la litispendencia internacional

54. Se sostiene que el *forum non conveniens* se aproxima o asemeja a la litispendencia internacional o *lis alibi pendens* de los países del sistema continental. En verdad, ambas instituciones responden a una misma filosofía que no es otra que la eficiente y adecuada solución de problemas de competencia judicial transfronteriza³⁸. Sin embargo, ambas figuras procesales toman vías distintas en los conflictos jurisdiccionales civiles y mercantiles³⁹.

55. Así, la litispendencia, no es más que una situación jurídico procesal determinada cronológicamente que no ha sido resuelta y cuya finalidad es impedir la simultánea tramitación de dos procesos, evitándose que puedan llegar a existir resoluciones judiciales contradictorias o divergentes⁴⁰. En cambio,

³⁴ P. M. ALL, C. LUD y D. N. RUBAKA, «La flexibilización al servicio de la Justicia: algunos comentarios sobre ciertas soluciones de orden procesal en las nuevas codificaciones de derecho internacional privado latinoamericano», *Papeles del centro de investigaciones de la facultad de ciencias jurídicas y sociales, Universidad Nacional del Litoral de Argentina*, vol. 14, n.º. 25, 2022, pp. 14-15. <https://bibliotecavirtual.unl.edu.ar/publicaciones/index.php/papeles/article/view/12277/16702> (acceso 22.05.2023).

³⁵ D. W. RIVKIN y S. M. GROSSO, «¿Qué ocurre si las cosas salen mal? El concepto de *forum non conveniens* en los procesos judiciales en los Estados Unidos de América», cit., p. 44. C. LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, «*Forum non conveniens*. Revisited: El caso *Spanair*», *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 3, n.º. 2, Madrid, 2011, p. 279. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1336/557> (acceso 10.05.2023).

³⁶ A-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Tratado de Derecho internacional privado...*, cit., p. 398. C. A. GABUARDÍ, «Entre la jurisdicción, la competencia y el *forum non conveniens*», cit., pp. 90-91. D. W. RIVKIN y S. M. GROSSO, «¿Qué ocurre si las cosas salen mal? El concepto de *forum non conveniens* en los procesos judiciales en los Estados Unidos de América», cit., p. 31. M. DE PRADA RODRÍGUEZ y R. MUÑOZ ROJO, *El proceso civil inglés...*, cit., 2014, p. 36.

³⁷ B. SÁNCHEZ LÓPEZ, «Responsabilidad parental y la aplicación del *forum non conveniens* de carácter reglado del artículo 15 del Reglamento (CE) n.º. 2201/2003: la STJUE de 27 de octubre de 2016», cit., p. 642. En el mismo sentido, M. M. ALBORNOZ, «Acceso a la justicia en las relaciones privadas internacionales: intereses en juego», *Revista de la secretaría permanente de revisión*, vol. V, n.º. 9, Asunción, 2017, p. 186. <http://scielo.iics.una.py/pdf/rstpr/v5n9/2304-7887-rstpr-5-09-00170.pdf> (acceso 12.05.2023).

³⁸ C. OTERO-GARCÍA-CASTRILLÓN, «En torno a los problemas de aplicación de las normas de competencia judicial: reflexiones sobre la admisibilidad del *forum non conveniens* en el Derecho español», cit., p. 12.

³⁹ D. B. FURNISH, «El *forum non conveniens* y el *lis alibi pendens*. Apuntes para una comparación sistémica y sistemática en la administración de justicia», cit., p. 325.

⁴⁰ M. GUZMÁN ZAPATER (Directora), M. GÓMEZ JENE, M. HERRANZ BALLESTEROS, E. PÉREZ VERA y M. VARGAS GÓMEZ.URRUTIA, *Lecciones de Derecho internacional privado...*, cit., p. 121. F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho internacional privado*, 6ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2021, p. 206. M. GARDEÑEZ SANTIAGO, «Procedimientos paralelos en España y en el extranjero: El título IV de la Ley 29/2015 (arts. 37 a 40)», *Revista española de Derecho internacional, Sección Foro*, vol. 68, n.º. 1, Madrid, 2016, p. 109. http://redi.ene-estudio.es/wp-content/uploads/2017/07/6_foro_gardenes_santiago_procedimientos_paralelos_espana_extranjero.pdf (acceso 22.05.2023). En el mismo sentido, J. M. ESPINAR VICENTE y J. I. PAREDES PÉREZ,

en la doctrina del *forum non conveniens* no estamos frente a dos procesos paralelos sino ante la presencia de un solo litigio en marcha en donde el Tribunal competente considera a otro más adecuado que él para seguir conociendo del asunto.

56. Debe tenerse en cuenta, que en el *forum non conveniens* al estar en presencia solamente de un proceso, no prevalece el criterio cronológico de otorgarle competencia al Tribunal del proceso más antiguo, al contrario de lo que sucede en la litispendencia o *lis alibi pendens* del sistema continental, cuando el órgano jurisdiccional competente que primero recibe la demanda es donde se sustancia el juicio, desistiendo de conocer el órgano jurisdiccional más reciente⁴¹.

57. De lo anterior puede observarse que la teoría del *forum non conveniens* tendría dificultad en aplicarse en los Estados del sistema continental del denominado *civil law*, puesto que estamos frente a dos visiones diferentes de jurisdicción. Mientras en los países del *common law*, la noción de jurisdicción es amplia abarcando las competencias de los tres poderes del Estado: «la competencia legislativa, la acción de los órganos administrativos, y la competencia jurisdiccional»⁴², la que establecen los Estados que siguen el modelo continental⁴³ se restringe a la función jurisdiccional. En este sentido, se ha incorporado en el sistema comunitario europeo la litispendencia internacional⁴⁴ de forma expresa en su Reglamento 1215/2012, de 12 de diciembre del Parlamento europeo y del Consejo, relativo a la Competencia judicial, el reconocimiento, y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, conocido como «Reglamento de Bruselas I bis», que determina el artículo 21:

«El funcionamiento armonioso de la justicia exige reducir al máximo la posibilidad de procedimientos paralelos y evitar que se dicten en Estados miembros distintas resoluciones contradictorias. Se ha de prever un mecanismo claro y eficaz que permita resolver los casos de litispendencia y conexidad, y de obviar los problemas derivados de las divergencias nacionales por lo que respecta a la determinación de la fecha en la que un asunto se considera pendiente».

58. Por su parte, en España, la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil, señala en el artículo 39:

«1. Cuando exista un proceso pendiente con idéntico objeto y causa de pedir, entre las mismas partes, ante los órganos jurisdiccionales de un Estado extranjero en el momento en que se interpone una demanda ante un órgano jurisdiccional español, el órgano jurisdiccional español podrá suspender el procedimiento, a instancia de parte y previo informe del Ministerio Fiscal, siempre que se cumplan los siguientes requisitos [...]».

Tráfico externo y litigación civil internacional, Dykinson, Madrid, 2018, p. 271. R. BELLIDO PENADÉS y M. ORTELLS RAMOS, «Título IV. La demanda. La contestación y otras alegaciones», en *Derecho procesal civil*, 18ª ed., Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2019, pp. 244-245.

⁴¹ B. CAMPUZANO DÍAZ, «Lección 2. La competencia judicial internacional», en *Manual de Derecho internacional privado*, 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2022, pp. 64. J. MASEDA RODRÍGUEZ, «Procesos paralelos en materia de crisis matrimoniales: régimen de la litispendencia (y acciones dependientes) intracomunitaria», *Revista electrónica de estudios internacionales*, n.º. 38, Santiago de Compostela, 2019, pp. 21-22. https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/20538/2019_reei_Maseda_Procesos.pdf?sequence=1&isAllowed=y (acceso 03.05.2023). D. W. RIVKIN y S. M. GROSSO, «¿Qué ocurre si las cosas salen mal? El concepto de *forum non conveniens* en los procesos judiciales en los Estados Unidos de América», cit., p. 34.

⁴² A. J. ADRIÁN ARNIS, «Forum non conveniens y forum shopping en el sistema comunitario de competencia judicial y ejecución de sentencias», *Revista de estudios europeos*, n.º. 2, Valladolid, 1992, p. 48. <https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/3025/ForumNonConveniens.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (acceso 14.05.2023). P. BEAUMONT, «Forum non conveniens et régime des conflits de compétence dans l'espace judiciaire européen: vers une solution intégrée», *Revue Critique de Droit International Privé*, n.º. 3, Paris, 2018, p. 440.

⁴³ A-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Tratado de Derecho internacional privado...*, cit., pp. 398-399. En el mismo sentido, V. PÉREZ VARGAS, «Los inconvenientes del *forum non conveniens*», *Revista de ciencias jurídicas, Universidad de Costa Rica*, n.º. 100, San José, 2003, p. 63. <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/13414/12676>

⁴⁴ R. ARENAS GARCÍA, «Cinco décadas de proceso codificador en la UE: historia de un éxito», en *50 años de Derecho internacional privado de la Unión Europea en el Diván*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 35. J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, 12ª ed., Civitas- Thomson Reuters, Pamplona, 2022, p. 107.

59. En referencia al caso que nos ocupa, en Nicaragua no se regula la litispendencia internacional, quedando solamente establecida en la legislación procesal civil la litispendencia interna entre órganos jurisdiccionales nicaragüenses (arts. 443 y 449 CPCN/2015)⁴⁵. Ahora bien, ello no es óbice para que no pueda incorporarse en virtud de un Convenio internacional, que lo dijese expresamente, y ello en base a lo establecido en artículo 27 CPCN/2015:

«Los juzgados y tribunales civiles se abstendrán de conocer de los asuntos que se les sometan cuando concurren en ellos algunas de las circunstancias siguientes [...]. 3) Cuando en virtud de un tratado o convenio internacional del que Nicaragua sea parte, el asunto se encuentre atribuido con carácter exclusivo a la jurisdicción de otro Estado».

60. Sin embargo, donde podría haber cierta complejidad es cuando no exista un Tratado internacional entre Nicaragua y otro país sobre litispendencia, en estos supuestos nos preguntamos ¿podría un Juez nicaragüense aplicar la litispendencia internacional? Somos partidarios de la opinión generalizada entre un sector de la doctrina científica española que considera que cabría su aplicación en base al artículo 421.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), al interpretar que este «precepto ha querido abordar tanto la dimensión interna como internacional del problema»⁴⁶. En el caso de Nicaragua el Tribunal aplicaría el artículo 449 párrafo tercero del CPCN/2015⁴⁷ (de texto similar al art. 421.3 de la LEC) que dispone:

«No obstante, si las cuestiones suscitadas sobre litispendencia o cosa juzgada entrañaran especial dificultad o complejidad, la autoridad judicial interrumpirá la audiencia y en los cinco días posteriores resolverá la cuestión mediante auto. Si no procede la litispendencia o cosa juzgada, se ordenará la reanudación de la audiencia para cumplir las restantes finalidades».

2. La doctrina del *forum non conveniens* en el ordenamiento nicaragüense

61. Nicaragua, como cualquier otro país iberoamericano, forma parte de la familia del Derecho continental o *civil law*. El artículo 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁴⁸ determina que «La jurisdicción se extiende a todas las personas, a todas las materias y a todo el territorio de la República en la forma establecida en la Constitución Política y en las leyes»⁴⁹. Por su parte, el art. 251 del CPCN/1906 contenía el principio de territorialidad al señalar que «La justicia ordinaria será la única competente para conocer de los negocios civiles que se susciten en territorio nicaragüense, entre nicaragüenses, entre extranjeros y

⁴⁵ W. TORREZ PERALTA, *Derecho procesal civil (conforme al nuevo Código Procesal Civil)*, 2ª ed., Gutenberg Impresiones, Managua, 2017, pp. 258-259.

⁴⁶ A. P. ABARCA JUNCO (Directora), J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, M. GUZMÁN ZAPATER, P. P. MIRALLES SANGRO y E. PÉREZ VERA, *Derecho internacional privado*, 6ª ed, vol. I, UNED, Madrid, 2008, p. 457. En similar sentido, J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado...*, cit., pp. 127-128.

⁴⁷ Téngase presente que el art. 25 del CPCN/2015 señala que: «Cuando no haya ley que prevea el caso o duden acerca de la aplicación del derecho, se observarán las siguientes reglas en orden de prelación: [...] 4) La opinión sostenida por los intérpretes o expositores del derecho o por lo que se disponga en legislaciones análogas extranjeras, inclinándose siempre en favor de las opiniones más autorizadas». Del artículo citado queda claro que el legislador nicaragüense deja establecida la analogía como herramienta interpretativa que otorga a los órganos jurisdiccionales para superar las posibles lagunas jurídicas, aplicando una norma a un supuesto de hecho distinto del que contempla, basándose en la similitud entre ambos casos. Siendo una técnica adecuada ante una realidad social que se presenta dinámica y cambiante. R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Una teoría del Derecho (Introducción al estudio del Derecho)*, 6ª ed, revisada puesta al día, Civitas, Madrid, 1993, p. 227.

⁴⁸ Ley 260/1998, de 7 de julio. Publicada en La Gaceta Diario Oficial n.º 137 de 23 de julio de 1998.

⁴⁹ Por su parte el art. 1 del CPCN/1906 disponía: «La jurisdicción es la potestad de administrar justicia [...]». Con la aprobación en 2015 del nuevo CPCN el art. 27 señala: «La extensión y límites de la jurisdicción de los juzgados y tribunales civiles, se determinarán por lo dispuesto en la Ley No. 260, Orgánica del Poder Judicial y en los instrumentos jurídicos internacionales vigentes en Nicaragua, conforme el procedimiento establecido en la Ley».

entre nicaragüenses, y extranjeros», con las excepciones de los supuestos de inmunidad de jurisdicción y de ejecución establecidas en las disposiciones del Derecho interno e internacional público⁵⁰.

62. Este principio de vieja raigambre en los Estados de tradición jurídica continental se quiebra con la aprobación de la Ley Especial 364/2000, cuando su artículo 7 señala literalmente:

«Las empresas que dentro de los noventa (90) días de notificada la presente Ley por parte del demandante y notificada la demanda por la vía correspondiente, no hayan depositado la suma establecida en el Artículo 4 de la misma, deberán someterse incondicionalmente a la jurisdicción de los tribunales de los Estados Unidos de Norte América para la decisión definitiva del caso en cuestión, renunciando de manera expresa a la excepción de “Forum No Conveniente” alegada en aquellos Tribunales. En el caso que las empresas demandadas decidan que el proceso continúe en los tribunales nicaragüenses, estas deberán depositar la cantidad establecida en el Artículo 4 de la presente Ley».

63. Como puede observarse, el precepto transcrito introdujo una doctrina hasta entonces desconocida y ajena a los sistemas continentales y a los convenios internacionales suscritos por Nicaragua, en los cuales la competencia de un Tribunal se regía por las disposiciones del Derecho procesal civil interno. Recuérdese que las normas sobre competencia judicial internacional contenida en los textos nicaragüenses señalan expresamente la competencia que le corresponde a los órganos jurisdiccionales. Es decir, en ninguna disposición ni de la Ley Orgánica del Poder Judicial ni del Código Procesal Civil se determina qué Juez o Tribunal extranjero será competente para conocer de un proceso de la forma en cómo lo estableció la Ley Especial 364/2000 en el artículo señalado. A esto cabe añadir que Nicaragua no tiene ningún tratado o convenio con Estados Unidos en materia de competencia judicial internacional.

64. En el ordenamiento jurídico nicaragüense, es la Ley positiva y previa la que determina la competencia de los Tribunales. La Constitución nicaragüense (en lo sucesivo, CN) establece en su artículo 34.2 la determinación legal del Juez competente en todos los órdenes jurisdiccionales, entendido como aquél que posee la mayor idoneidad para conocer de un concreto asunto⁵¹. Lo anterior supone también la exclusión por la propia Constitución de la creación de Tribunales de excepción *ad personam* o *ad causam* (art. 34.2 *in fine* CN). En este sentido, la doctrina científica⁵² ha señalado los aspectos básicos del derecho al Juez predeterminado por la Ley que consiste en que el órgano jurisdiccional que conoce de un concreto asunto tiene que haber sido establecido por la norma de manera previa a la existencia del caso a resolver, evitándose de este modo que el legislador cree órganos *ad hoc*.

65. Por otro lado, nos encontramos las normas de jurisdicción y competencia que determinan que un órgano judicial ya existente debe asumir el conocimiento de un asunto concreto⁵³. De este modo se impide que el legislador pueda elegir el Tribunal que conocerá del asunto por la vía, no de crearlo, pero sí de atribuirle competencia para conocer de él con posterioridad.

66. Ante este estado de cosas, la doctrina del *forum non conveniens* priva a los justiciables del acceso a la justicia⁵⁴ constituyendo una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva proclamado

⁵⁰ Como excepciones en el Derecho interno encontramos los arts. 148 párrafo final, 139, 188.9, 151 párrafo primero, 154, 162, 172 de la Constitución nicaragüense. En el Derecho internacional público encontramos: el art. 31 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961; el art. 43 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963; las secciones 19 y 22 de la Convención sobre los Privilegios e Inmunidades de los Organismos Especializados de Naciones Unidas de 1947, entre otras normas de Derecho internacional público.

⁵¹ E. FOSSAS ESPADALER, «Legislador y derecho fundamental al juez legal», *Revista para el análisis del Derecho*, n.º. 2, Barcelona, 2016, pp. 11 y 13. https://indret.com/wp-content/uploads/2018/05/1223_es.pdf (acceso 29.05.2023).

⁵² A. DE LA OLIVA SANTOS y P. PEITEADO MARISCAL, *Sistema de tutela judicial efectiva*, 3ª ed, UDIMA, Madrid, 2017, p. 30. En idéntico sentido, I. Díez-PICAZO GIMÉNEZ, «El Derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley», *Revista española de Derecho constitucional*, año 11, n.º. 31, Madrid, 1991, pp. 104 y ss.

⁵³ E. FOSSAS ESPADALER, «Legislador y derecho fundamental al juez legal», cit., pp. 12 y 27.

⁵⁴ D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, «La tendance à la limitation de la compétence judiciaire à l'épreuve du droit d'accès à la justice»,

en el art. 34 de la CN, siendo que esta tutela le corresponde única y exclusivamente a los Juzgados y Tribunales nicaragüenses de conformidad con el artículo 159 párrafo primero de la CN, al obstaculizar la tesis *forum non conveniens* el libre, real y posible acceso a los Tribunales de justicia. Como sostiene CUBILLO LÓPEZ al analizar la jurisprudencia constitucional española el legislador no «debe establecer requisitos o condiciones para el acceso a la jurisdicción que sean irracionales o excesivos o desproporcionados respecto del fin que cumplan»⁵⁵, como sucede en el caso que nos ocupa.

67. De lo anterior se añade a lo establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos (conocida también como Pacto de San José) suscrita por Nicaragua⁵⁶, que en su artículo 8.1 proclama:

«Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o autoridad competente, independiente e imparcial, establecida con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter»⁵⁷.

68. También la doctrina del *forum non conveniens* es opuesta a lo determinado en el artículo 318 del Código de Bustamante del que Nicaragua es parte:

«Será en primer término juez competente para conocer de los pleitos a que dé origen el ejercicio de las acciones civiles y mercantiles de toda clase, aquel a quien los litigantes se sometan expresa o tácitamente, siempre que uno de ellos por lo menos sea nacional del Estado contratante a que el juez pertenezca o tenga en él su domicilio y salvo el derecho local contrario».

69. De lo señalado podemos ver que el legislador nicaragüense tiene unos límites derivados de la garantía del Juez predeterminado por la Ley configurado como parte del derecho a la tutela judicial efectiva. Estos límites son de naturaleza formal y material. En relación con los de carácter formal, el legislador está sometido a las reservas de Ley que establece la propia CN en sus artículos 158 y 159 párrafo segundo. Téngase presente que la Constitución determina la organización y competencias de los Juzgados y Tribunales (art. 159 párrafo primero) para el conocimiento de los asuntos que afecten a nacionales y extranjeros en territorio nacional.

70. Al margen que el litigio suscitado con motivo del agroquímico nemagón tenía conexión con dos Estados (Nicaragua y Estados Unidos) por las circunstancias señaladas anteriormente, era deber de los Tribunales nicaragüenses garantizar que de este hecho conocieran sus órganos jurisdiccionales. Con la aprobación de la Ley Especial 364/2000, la competencia judicial se traslada a los órganos judiciales de Estados Unidos, por la única voluntad de los demandados, cerrando así el paso de su conocimiento por los Tribunales nicaragüenses. Como señala la doctrina científica, en estos supuestos cabe hablar de atribuciones y no distribuciones de las normas sobre competencia judicial internacional⁵⁸. En el caso de la Ley Especial 364/2000 se acordó distribuir la competencia judicial entre los Tribunales de Nicaragua y Estados Unidos, como si se tratara de un Convenio internacional entre ambas naciones.

Mélanges Bernard Audit. LGDJ, París, 2014, p. 300. <http://diegofernandezarroyo.net/articles/77-La-tendance-a-la-limitation-de-la-competence-judiciaire-a-lepreuve-du-droit-d'acces-a-la-justice-DPFA-with-B-Audit-2014.pdf> (acceso 23.05.2023).

⁵⁵ I. J. CUBILLO LÓPEZ, «El derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la ejecución en la jurisprudencia constitucional», *Estudios Deusto*, 66, n.º. 2, 2018, Bilbao, p. 350.

⁵⁶ Ratificada el 25 de septiembre de 1979, publicada en La Gaceta Diario Oficial n.º. 53, 54 y 55 del 3, 4 y 5 de marzo de 1980.

⁵⁷ En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha manifestado en sentencia de 5 de agosto de 2008 en el caso «Apitz Barbera y otros vs. Venezuela» que: «El artículo 8.1 de la Convención garantiza el derecho a ser juzgado por “un Tribunal competente [...] establecido con anterioridad a la ley”. Esto implica que las personas “tienen derecho a ser juzgadas por tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente establecidos”, razón por la cual el Estado no debe crear tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios. [...]». https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf (acceso 30.04.2023).

⁵⁸ A. P. ABARCA JUNCO (Directora), J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, M. GUZMÁN ZAPATER, P. P. MIRALLES SANGRO y E. PÉREZ VERA, *Derecho internacional privado...*, cit., p. 375.

71. De lo expresado queda evidenciado que el legislador nicaragüense al tener un amplio margen de libertad para elegir los criterios de competencia judicial internacional de los Tribunales de ese país se excedió al determinar un foro inapropiado en atención al objeto del litigio concreto. Y es que el ordenamiento nicaragüense obliga a que los órganos jurisdiccionales deban conocer de todos los procesos que le son atribuidos por las normas del Derecho procesal interno, sin tener en cuenta si existe o no otra jurisdicción extranjera más adecuada para resolver el conflicto. En este orden de cosas, el art. 27 del CPCN/2015 dispone:

«Los juzgados y tribunales civiles se abstendrán de conocer de los asuntos que se les sometan cuando concurren en ellos algunas de las circunstancias siguientes: 1) Por interposición de demanda respecto de los sujetos que gocen de inmunidad, mientras no sean privados de ella, de conformidad con la Constitución Política y la ley de la materia; 2) Por interposición de demanda o solicitud de ejecución respecto de sujetos o bienes que gocen de inmunidad de jurisdicción o de ejecución, conforme a las normas del Derecho Internacional Público; 3) Cuando en virtud de un tratado o convenio internacional del que Nicaragua sea parte, el asunto se encuentre atribuido con carácter exclusivo a la jurisdicción de otro Estado; 4) En los casos en que la competencia internacional admita sumisión tácita y el demandado emplazado en debida forma, no comparezca ante los juzgados o tribunales nicaragüenses; 5) Ante la existencia de convenio o cláusula válida entre las partes, de someter su causa a la jurisdicción de otro Estado, cuando al menos una de ellas sea extranjera; o 6) Por la existencia de acuerdo arbitral de las partes de someter el conflicto a procedimiento de arbitraje nacional o internacional o a otro método alerno previo.

En caso de concurrir alguna de las causas contenidas en los numerales anteriores, de oficio la autoridad judicial acordará su abstención tan pronto como sea advertida la falta de jurisdicción o de competencia, poniendo en conocimiento a la parte personada y a la Procuraduría General de la República dicha decisión [...]».

72. Estos son los únicos supuestos que permite el Derecho procesal civil nicaragüense para declinar su competencia sobre un asunto, excluyendo, por tanto, en todo momento lo contemplado en el art. 7 de la Ley Especial 364/2000.

73. Si bien es cierto que, como señalan CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ⁵⁹ partiendo de la Ley Orgánica del Poder Judicial española (norma de texto análoga a la LOPJ nicaragüense) podría establecerse una especie de *forum non conveniens* «atenuado», en aquellos supuestos en que los órganos jurisdiccionales (españoles) en que no exista una vinculación o conexión real con España o que presentándola se halla más fuertemente conectada con otro ordenamiento jurídico de acuerdo a las circunstancias del caso⁶⁰.

74. Sin embargo, esta tesis no podría aplicarse analógicamente al supuesto concreto del proceso del nemagón, dado que en ese litigio hay una conexión real con Nicaragua. E incluso, bajo el riesgo de que un Juez norteamericano con fundamento en la tesis del *forum non conveniens*, pudiera declararse no competente al considerar que el *foro* jurídico nicaragüense se encuentra en mejor posición para poder determinar la causa de los daños ocasionados por el pesticida nemagón, dándose la circunstancia de que todas las víctimas y testigos residen en Nicaragua y sería inviable que todos comparecieran en Estados Unidos⁶¹. En este sentido, hubo un precedente en el año 1995 en el cual un grupo de personas costarricenses perjudicadas por el plaguicida nemagón demandaron en Estados Unidos a las empresas: *Shell Oil Company; Dow Chemical Company, Dead Sea Bromine Co. Ltd.; Ameribrom, Bromine Compounds, Ltd. y Amvac Chemical Corporation*, por ser fabricantes del agroquímico y a la *Standard Fruit Company, Standard Fruit Steamship Company, Dole Food Company, Inc. Chiquita Brands Inc.; Chiquita Brands International Inc; Del Monte Fresh Produce, N.A., y Del Monte Tropical Fruit Company* por

⁵⁹ A-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Tratado de Derecho internacional...*, cit., pp. 400-401.

⁶⁰ A. P. ABARCA JUNCO (DIRECTORA), J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, M. GUZMÁN ZAPATER, P. P. MIRALLES SANGRO y E. PÉREZ VERA, *Derecho internacional privado...*, cit., p. 395.

⁶¹ P. M. ALL, C. D. LUD y N. RUBAKA, «La flexibilización al servicio de la Justicia: algunos comentarios sobre ciertas soluciones de orden procesal en las nuevas codificaciones de derecho internacional privado latinoamericano», cit., p. 16.

haber distribuido y utilizado el nemagón en las bananeras de Costa Rica. Los actores acudieron a los Tribunales de Texas alegando el domicilio de las personas demandadas y que éstas no contaban con bienes en Costa Rica. El Juez federal norteamericano Sim Lake resolvió el 11 de junio de 1995 que no tenía competencia para conocer de ese litigio en virtud de la doctrina del *forum non conveniens*, ordenando a los demandantes que presentaran sus demandas en Costa Rica⁶². Posteriormente se interpuso demanda en Costa Rica, solicitando los actores de previo pronunciamiento que el Juez determine si posee o no competencia judicial internacional para conocer de ese litigio, resolviendo el órgano jurisdiccional el 1 de septiembre de 1995 que:

«[...]se trata de un supuesto de abstención del ejercicio de la competencia, por razones de conveniencia para las partes y para el Tribunal y de un instituto inexistente tanto en el derecho procesal costarricense, como en los tratados internacionales suscritos por el país en materia de competencia internacional [...]. Que [...] dicho instituto es ajeno a nuestro derecho y a las reglas de competencia internacional suscritas por Costa Rica [...]». «[...] la determinación de la competencia del juez costarricense ha de resolverse de conformidad con las normas de derecho vigente para nuestro medio y no en atención a lo resuelto por el juez extranjero [...]». En consecuencia, puede concluirse con claridad que la norma aplicable al caso es el artículo 323 del Código Bustamante y que los actores actuaron conforme a Derecho al entablar sus demandas en las Cortes del Estado de Texas, domicilio o residencia de las demandadas [...].»

«[...] POR LO TANTO: En vista de que el presente proceso no es de los que corresponden al juez costarricense, según los criterios de vinculación de competencia nacional e internacional vigentes en nuestro ordenamiento, el Juzgado declina expresamente de su conocimiento y tramitación»⁶³.

75. En definitiva, podemos afirmar que existe un alto riesgo en la aplicación de la doctrina del *forum non conveniens* en Latinoamérica⁶⁴, pues podría dejar huérfano de jurisdicción a poblaciones vulnerables. Y es que, como sostiene FERNÁNDEZ ARROYO, «nunca puede ser utilizada en beneficio de una de las partes y en consecuente perjuicio de la otra»⁶⁵.

76. Hay que señalar que, no obstante a lo anterior, existen dos países en Iberoamérica que acogen la teoría del *forum non conveniens*: República Dominicana a través de la Ley 544-14 de 15 de octubre, sobre Derecho Internacional Privado⁶⁶ y, Panamá, por vía doctrinal y jurisprudencial⁶⁷,

⁶² V. PÉREZ VARGAS, «Los inconvenientes del *forum non conveniens*», cit., pp. 76 a 79. En el mismo sentido, J. J. OBANDO PERALTA, *Private international Law in Costa Rica*, Wolters Kluwer Law & Business, The Netherlands, 2013, p. 133.

⁶³ V. PÉREZ VARGAS, «Los inconvenientes del *forum non conveniens*», cit., pp. 80-81.

⁶⁴ J. L. IRIARTE ÁNGEL y OTROS, «A propósito de la Ley Modelo Latinoamericana de Protección Internacional de los Derechos Humanos (La Ley Modelo DAHL)», *Revista de Estudios Jurídicos, Universidad de Jaén*, nº. 11, (segunda época), 2011, p. 9. <https://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/631/559> (acceso 22.06.2023).

⁶⁵ D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, «Aspectos esenciales de la competencia judicial internacional en vista de su reglamentación interamericana», cit., p. 325.

⁶⁶ La Gaceta Diario Oficial nº. 10787 de 18 de diciembre de 2014. El art. 23 de la Ley de República Dominicana dispone: «Foro de competencia no conveniente (Forum non conveniens). Los tribunales dominicanos podrán abstenerse, a instancia de parte, de conocer o de continuar conociendo de un proceso por causas que surjan fuera del territorio dominicano: 1) Cuando deban practicarse pruebas testimoniales y los testigos residan en el extranjero, y sea altamente oneroso para cada una de las partes la práctica de tales pruebas en el extranjero, o la comparecencia de los mismos ante los tribunales dominicanos. 2) Cuando sea necesario una inspección judicial para una mejor apreciación de los hechos y dichas diligencias deban ser efectuadas en el extranjero».

⁶⁷ A. B. KOURUKLIS SÁENZ, *El secuestro de naves en el Derecho procesal marítimo*, Editorial Mizrachi & Pujol, Ciudad de Panamá, 1994, pp. 63-64. Esta es la tesis que ha seguido la jurisprudencia panameña en la sentencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de 21 de mayo de 2001, en el caso «*Mitsui O.K. Lines y Diamonds Camelia, S.A.*» al expresar: «El *forum non conveniens* que, como es sobradamente conocido, es una institución procesal proveniente del sistema legal anglosajón, y concretamente, de los Estados Unidos de América, permite el cambio del foro jurisdiccional en donde se ventila una controversia. En nuestro ordenamiento, dicha institución ha sido incorporada, para poderse aplicar, por determinación del Tribunal Marítimo, cuando se acredita la existencia de dificultades en la práctica de determinadas pruebas, o porque se ha acreditado que resulta indispensable para una mejor administración de justicia, en el caso concreto. La declinatoria, en este caso, la analiza y decide el juez, al ponderar la existencia de los supuestos que se encuentran tasados en la ley ritual para desasirse del conoci-

en virtud de la Ley 12/2009, de 23 de enero, de Procedimiento Marítimo⁶⁸. Sobre este aspecto se ha manifestado GOLDSTEIN al señalar que cada vez son más los sistemas de Derecho civil a nivel internacional que adoptan la teoría del *forum non conveniens*⁶⁹, señalando como ejemplos el *Code Civil* de Quebec⁷⁰, el *Civil Procedure Act* de Japón⁷¹ y el Reglamento de Bruselas II bis⁷². El citado autor considera que estas «cláusulas de excepción» son una estrategia moderna destinada a coordinar los sistemas jurídicos divergentes en un contexto globalizado para responder a las necesidades de situaciones internacionales⁷³.

VI. Sobre la constitucionalidad de la Ley Especial 364/2000

77. El ordenamiento jurídico nicaragüense prevé el control constitucional difuso de las leyes a través del denominado «control constitucional en caso concreto» y así lo establece el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial:

«Cuando en un caso sometido para su conocimiento, la Autoridad Judicial considere en su sentencia que una norma, de cuya validez depende el fallo, es contraria a la Constitución Política, debe declarar su inaplicabilidad para el caso concreto. En caso de que una de las partes, haya alegado la inconstitucionalidad de una norma, la autoridad judicial deberá pronunciarse necesariamente sobre el punto, acogiendo o rechazando la pretensión»⁷⁴.

miento de un asunto para el cual tiene la necesaria competencia». Citada por P. M. ALL, C. D. LUD y N. RUBAKA, «La flexibilización al servicio de la Justicia: algunos comentarios sobre ciertas soluciones de orden procesal en las nuevas codificaciones de derecho internacional privado latinoamericano», cit., p. 20. En sentido contrario, G. BOUTIN ICAZA, *Forum non conveniens. La limitación de la jurisdicción y la denegación de justicia*, Editorial Cultural Portobelo, Ciudad de Panamá, 2003, pp. 27-29.

⁶⁸ La Gaceta Oficial Digital n.º. 26211 de 28 de enero de 2009. El art. 19 de esa Ley señala: «Los Tribunales Marítimos podrán abstenerse, a instancia de parte, de conocer o de continuar conociendo de un proceso por causas que surjan fuera del territorio de la República de Panamá, en cualquiera de los siguientes casos: 1. Cuando deban practicarse pruebas testimoniales y los testigos residan en el extranjero, y sea altamente oneroso para cualquiera de las partes la práctica de tales pruebas en el extranjero, o la comparecencia de dichos testigos ante el Tribunal. 2. Cuando sea necesaria una inspección judicial para una mejor apreciación de dichos testigos y dichas diligencias deban ser efectuadas en el extranjero. 3. Cuando las partes hayan negociado, previa y expresamente, someter sus controversias a un Tribunal en país extranjero, y lo hayan convenido así por escrito. No se considerarán negociados previa y expresamente los contratos proforma o de adhesión. 4. Cuando la controversia haya sido sometida anteriormente a arbitraje o a la jurisdicción de un Tribunal en país extranjero y estuviera pendiente de decisión».

⁶⁹ G. GOLDSTEIN, «*Forum non conveniens* and exception clauses – coordinating conflicting legal systems in civil law jurisdictions in a global context», *Yearbook of Private International Law*, vol. XIX, 2017/2018, Published in Association with swiss Institute of Comparative Law, Ed. Otto, Schmidt, pp. 9-10.

⁷⁰ El art. 3135 de ese Código dispone: «*Even though a Québec authority has jurisdiction to hear a dispute, it may, exceptionally and on an application by a party, decline jurisdiction if it considers that the authorities of another State are in a better position to decide the dispute*».

⁷¹ El precepto 3-9 de esa ley japonesa establece: «*Even where the Japanese courts have jurisdiction over an action, the court may dismiss the action in whole or in part (except where the action has been filed according to an agreement on the exclusive jurisdiction of the Japanese courts); if the court finds that there are exceptional circumstances under which having Japanese courts adjudicate the matter would be prejudicial to the fair treatment of the parties or the proper and efficient proceedings, considering the nature of the case, the burden of the defendant for appearance, the location of evidences, and any other circumstances*».

⁷² El art. 15 de este Reglamento señala: «Remisión a un órgano jurisdiccional mejor situado para conocer del asunto 1. Excepcionalmente, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro competentes para conocer del fondo del asunto podrán, si consideran que un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro con el que el menor tenga una vinculación especial está mejor situado para conocer del asunto o de una parte específica del mismo, y cuando ello responda al interés superior del menor [...]».

⁷³ G. GOLDSTEIN, «*Forum non conveniens* and exception clauses – coordinating conflicting legal systems in civil law jurisdictions in a global context», cit., pp. 12 y 28.

⁷⁴ Este control constitucional en caso concreto también estaba establecido en las siguientes normas: art. 190. 3 de la Constitución nicaragüense y arts. 20 a 22 de la Ley de Amparo de 1988 vigente al momento en que se desarrolló el litigio del nemanón. Como la Ley de Amparo de 1988 fue reformada en su totalidad, los preceptos que abordan la señalada constitucionalidad en caso concreto son los arts. 75 a 78 de la Ley 983/2018, de 11 de diciembre, de Justicia Constitucional, publicada en La Gaceta Diario Oficial n.º. 247 de 20 de diciembre de 2018.

78. En este sentido, se alegó por parte de los abogados de las trasnacionales norteamericanas demandadas la inconstitucionalidad de la Ley Especial 364/2000, resolviendo la Jueza civil de instancia en el Considerando VI de la sentencia:

«[...] esta autoridad considera que el espíritu de dicha Ley 364 es velar por el Principio de Igualdad ante la Ley, tal como lo contempla el art. 48 de nuestra Constitución Política en su párrafo segundo en el que se dispone que es obligación del Estado: “Eliminar los obstáculos que impidan de hecho la igualdad entre los nicaragüenses, de tal manera que la mayoría de los artículos de la referida Ley 364 que la parte demandada argumenta que atentan contra el Principio de Igualdad lo que tratan de establecer es una equiparación entre los actores y los demandados, por el abismo económico que de hecho existe entre ambas partes. De manera que esta judicial comparte el criterio de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia vertido a través del dictamen del dieciséis de octubre de dos mil tres, el cual concluye que la Ley 364 es Constitucional» (p. 77).

79. Puede observarse que la judicial nicaragüense se limita a decir en su resolución que la Ley Especial 364/2000 es constitucional porque vela por el principio de igualdad, añadiendo que comparte el criterio emitido por la Corte Suprema en forma de un «dictamen» en el que señalan la constitucionalidad de la Ley. Entendemos que abordar una cuestión de inconstitucionalidad por parte de un Tribunal exige una mayor y profunda motivación, especialmente cuando nos encontramos ante disposiciones ajenas a nuestro sistema, tales como la excepción del *forum non conveniens* o la exigencia de caución a la parte demandada.

80. De ahí que la sentencia del caso del plaguicida nemagon no contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos en que se fundamentó la decisión de la Jueza de declarar que la Ley Especial 364/2000 no era inconstitucional. Esta necesidad de motivación como señala la doctrina científica⁷⁵ y la jurisprudencia constitucional española viene impuesta por la propia Constitución «es con el fin de que se puedan conocer las razones de la decisión que aquellas contienen, además de que el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos» [fj.3 e)]⁷⁶.

81. De todo lo anterior la decisión judicial nicaragüense ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión⁷⁷ garantizado en el artículo 34.8 de la Constitución en su vertiente de derecho a la motivación de las sentencias. Todo ello conllevaría a que se deje sin efecto la sentencia 432-2006 de 1 de diciembre de 2006, para que el órgano jurisdiccional de instancia dicté una nueva resolución con observancia al derecho fundamental vulnerado (art. 34.8 CN).

82. Pero además de la falta de motivación, la Jueza argumentó la constitucionalidad de la Ley basándose en un «dictamen» de la Corte Suprema de Justicia que carece de carácter vinculante. La Ley de Amparo de 1988⁷⁸, vigente al momento de dictarse la sentencia en comento y reguladora del recurso de inconstitucionalidad de una Ley, establecía en su artículo 17 que «la Corte Suprema de Justicia dará

⁷⁵ J. M. RIFÁ SOLER, M. RICHARD GONZÁLEZ e I. RIAÑO BRUN, *Derecho procesal civil*, vol. II, 2ª ed., Instituto Navarro de Administración Pública, Pamplona, 2011, pp. 244-245. T. ARMENTA DEU, *Lecciones de Derecho procesal civil. Proceso de declaración. Proceso de ejecución. Procesos especiales. Arbitraje y Mediación*, 13ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 247-248.

⁷⁶ STC 26/2023, de 17 de abril de 2023. ECLI:ES:TC: 2023:26 (BOE núm. 121, de 22 de mayo de 2023).

⁷⁷ Sostiene CARRASCO DURÁN que la tutela judicial efectiva sin indefensión supone «la exigencia de que las partes puedan alegar y probar en el curso del procedimiento cuanto les interese, en el marco de lo dispuesto por las normas procesales, y en igualdad de condiciones, salvo circunstancias extraordinarias debidamente justificadas». M. CARRASCO DURÁN, «La definición constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva», *Revista de Derecho político*, UNED, n.º. 107, Madrid, 2020, p. 24. La indefensión implica, por tanto, que el justiciable se vea injustamente privado en los momentos procesales oportunos de hacer valer los derechos e intereses. Lo anterior obliga a que los órganos jurisdiccionales resuelvan congruente y exhaustivamente en concordancia entre lo pedido por las partes en sus resoluciones debidamente motivadas. De lo anterior, no existirá motivación adecuada cuando los argumentos consignados en la resolución judicial sean insuficientes, contradictorios, irrazonables o carecen de sentido lógico.

⁷⁸ Ley n.º. 49/1988, de 21 de noviembre. Publicada en La Gaceta Diario Oficial n.º. 241 de 20 de diciembre de 1988.

audiencia por seis días a la Procuraduría General de Justicia para que dictamine el recurso; pasado este término, con el dictamen o sin él, la Corte Suprema de Justicia dentro de sesenta días dictará la sentencia correspondiente, pronunciándose sobre la inconstitucionalidad alegada».

83. En ningún momento la Ley de Amparo de 1988 disponía que el máximo Tribunal nicaragüense resolviera la inconstitucionalidad de una disposición legal a través de un «dictamen» como lo señala en su resolución la Jueza del caso del nemagón. Es más, el artículo 18 de la Ley de Amparo de 1988 señalaba: «La declaración de Inconstitucionalidad tendrá por efecto, a partir de la sentencia que lo establezca, la inaplicabilidad de la ley, decreto ley, decreto o reglamento o la disposición o disposiciones impugnadas de los mismos, si la inconstitucionalidad fuere parcial».

84. Por su parte, el artículo 18 párrafo segundo de la Ley Orgánica del Poder Judicial determina: «A falta de norma jurídica pertinente, los Magistrados y Jueces deben resolver aplicando los Principios y Fuentes Generales del Derecho, preferentemente los que inspiran el Derecho nicaragüense, la jurisprudencia y los establecidos en la legislación procesal nacional».

85. En ningún momento pues, las normas del ordenamiento jurídico nicaragüense hacen alusión a que los Tribunales resuelvan en conformidad con un dictamen o proyecto de sentencia, siendo éstos no vinculantes.

VII. Conclusiones

86. De lo anterior podemos extraer las siguientes notas conclusivas:

87. PRIMERA. El *forum non conveniens* obedece a una extralimitación del legislador nicaragüense al introducirla en la Ley Especial 364/2000 puesto que las disposiciones de la competencia judicial internacional reguladas en la Ley Orgánica del Poder Judicial son incompatibles con esta figura de raíz anglosajona. En el sistema procesal civil nicaragüense la competencia judicial internacional está diseñada por mandato constitucional y legal, orientándose a una garantía formal del derecho a la jurisdicción, mientras que en el sistema anglosajón se faculta al Tribunal apreciar de modo discrecional si ejerce o no su competencia.

88. La introducción de la teoría del *forum non conveniens* en la Ley 364/2000 produjo la denegación del derecho de acceso a la jurisdicción a miles de extrabajadores de las plantaciones de banano perjudicados por el plaguicida nemagón, derecho integrante de la tutela judicial efectiva consagrada en la Constitución nicaragüenses. Recuérdese que en los ordenamientos jurídicos de tradición continental del *civil law* existe una rigidez al señalar en las normas los fueros competentes, que no es más que el Juez o Tribunal competente predeterminado por la Ley. Por lo que extrapolar la doctrina del *forum non conveniens*, pone en riesgo la seguridad jurídica que se garantiza a través de los órganos jurisdiccionales.

89. SEGUNDA. La Jueza Civil de Distrito de Chinandega, Nicaragua, tomó una decisión que vendría a provocar el rechazo de la solicitud de exequátur por parte del Tribunal galo. Tal y como lo precisa el *Tribunal Judiciaire de Paris*, la Jueza nicaragüense actuó contra disposición legal expresa, al seguir conociendo de la causa ante la ausencia de presentación de caución o fianza por parte de los demandados, tal y como establecía el artículo 7 de la señalada Ley especial.

90. La falta de competencia de la Jueza de instancia la podía haber declarado de oficio o a petición de parte, tal y como se le presentó por las partes demandadas a través de la excepción de incompetencia de jurisdicción.

91. TERCERA. La aprobación de la Ley Especial 364/2000, en un primer momento cargada de esperanza para los miles de trabajadores perjudicados por el pesticida nemagón, terminaron viendo truncadas todas sus expectativas. Muy al contrario, los distintos procesos judiciales se alargaron no sólo en el tiempo (casi dos décadas) sino también en el espacio (Nicaragua, Estados Unidos y Francia), agotando recursos propios, muchos de ellos dejándose las pocas energías que les quedaban e ilusiones en el camino. Y todo ello, sin terminar de ver la luz.

La falta de alegación y prueba del Derecho extranjero aplicable. A propósito de la sentencia 183/2023 de la Audiencia Provincial de A Coruña (sección 3^a), de 24 de mayo

The lack of allegation and proof of applicable foreign Law. Comments on the judicial decision 183/2023 of the Provincial Court of A Coruña (3rd section), issued on May 24, 2023

DRA. SILVIA VILAR GONZÁLEZ
Profesor permanente laboral de Derecho Civil
Universitat Jaume I (Castellón de la Plana)

Recibido: 20.12.2023 / Aceptado: 22.01.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8458

Resumen: La Audiencia Provincial de A Coruña resolvió el 24 de mayo de 2023 un recurso de apelación interpuesto contra una sentencia que, a su vez, declaraba caducada una acción de impugnación de la filiación de un menor de nacionalidad venezolana y establecía una prestación alimenticia a su favor. En su sentencia, la Audiencia tras analizar los puntos de conexión que atribuyen jurisdicción y competencia a los tribunales españoles y que permiten determinar el Derecho aplicable en este tipo de supuestos, argumenta sobre la posibilidad de aplicar de oficio el Derecho extranjero pese a la falta de alegación y prueba del mismo por parte de los interesados.

Palabras clave: Impugnación de la filiación, pensión de alimentos, reconocimientos de complacencia, prueba del Derecho extranjero.

Abstract: On May 24, 2023, the Provincial Court of A Coruña resolved an appeal filed against a ruling that, in turn, declared an action to challenge the filiation of a minor of Venezuelan nationality to have expired, establishing a maintenance benefit in his favor. In its ruling, the Provincial Court, after analyzing the connection points that attribute jurisdiction and competence to the Spanish courts and that allow determining the applicable law in this type of cases, argues about the possibility of applying foreign law ex officio despite the lack of allegation and proof thereof by the interested parties.

Keywords: Contestation of parentage, alimony, recognition of complacency, proof of foreign law.

Sumario: I. Cuestión litigiosa que da lugar al recurso de apelación planteado. II. Sobre los reconocimientos de complacencia. III. Competencia jurisdiccional y Derecho aplicable en los procedimientos de familia. IV. La falta de prueba del Derecho extranjero. V. Consideraciones finales.

I. Cuestión litigiosa que da lugar al recurso de apelación planteado

1. Don “Claudio”, nacido en Venezuela, se desplazó hasta España en 2011 para informarse sobre los requisitos necesarios para homologar su título de médico. Tras ello, con la intención de establecerse en España, regresó a su país para vender su vivienda y los restantes bienes que tenía, por lo que tuvo

que alojarse temporalmente en un hotel. Ante esta circunstancia, doña “Carlota”, también venezolana, le ofreció quedarse en su casa, momento en el que aprovechó para confesarle que su hijo “Florencio” era también hijo suyo¹. El nacimiento de “Florencio” se había inscrito en un Registro Civil de la República Bolivariana de Venezuela en el año 2003.

2. Ante esta situación, pese a las serias dudas que don “Claudio” albergaba sobre su paternidad, como consecuencia de las presiones recibidas por parte de su familia y de la familia de doña “Carlota”, se decidió finalmente a reconocer registralmente al menor como hijo propio y comenzó a ayudar económicamente a la madre del mismo. En mayo de 2013, todos ellos junto con otro hijo previo de doña “Carlota”, se desplazaron hasta España fijando, al parecer, su residencia inicial en Extremadura. Sin embargo, a los pocos meses doña “Carlota” y sus dos hijos se fueron a vivir a Galicia y don “Claudio” fijó su residencia en las Islas Baleares.

3. Según doña “Carlota”, la relación mantenida con don “Claudio” había sido estable y duró unos diez años, rompiéndose cuando ya vivían en España², mientras que según don “Claudio” tan solo habían mantenido relaciones íntimas durante un determinado periodo de tiempo, pero sin existir compromiso ni exclusividad³.

4. Durante las vacaciones de Navidad del año 2016, don “Claudio” pagó unos billetes de avión para que don “Florencio” y su hermano fuesen a visitarle a Palma de Mallorca, comprándoles ropa y otros enseres para el resto del año. Sin embargo, a raíz de una pequeña disputa mantenida con los menores por su forma de comportarse, don “Florencio” confesó a don “Claudio” que éste no era su padre y que él no mandaba en su vida⁴. En 2019, también doña “Carlota” confesó a don “Claudio” que el menor no era hijo suyo. Pese a todo lo expuesto, don “Claudio” continuó transfiriendo a la cuenta de doña “Carlota” la cantidad de 200 euros mensuales desde septiembre de 2019 hasta octubre de 2020.

5. El 23 de noviembre de 2020, doña “Carlota” interpuso una demanda contra don “Claudio” en un procedimiento de modificación de medidas, en la que alegaba que éste se había desentendido durante años de su hijo y solicitaba, entre otros aspectos, una prestación de alimentos de 350 euros mensuales a favor de don “Florencio”. La representación de don “Claudio” se opuso, formulando reconvención. En la reconvención se señalaba que la filiación con respecto de don “Claudio” derivaba de “un vicio y error en el consentimiento [...] la complacencia⁵”, invocando los artículos 140⁶ y 141⁷ del Código Civil. La representación de doña “Carlota”, contestando a la reconvención, prestó su conformidad a la afirmación de que don “Claudio” no era el padre biológico del menor, pero añadió que éste sabía perfectamente que

¹ FD SEGUNDO.5º.c) de la SAP A Coruña (Sección 3ª), núm. 183/2023, de 24 de mayo de 2023 (ECLI:ES:APC:2023:1250).

² FD SEGUNDO.4º.a) de la SAP A Coruña (Sección 3ª), núm. 183/2023, cit.

³ FD SEGUNDO.5º.a) de la SAP A Coruña (Sección 3ª), núm. 183/2023, cit.

⁴ FD SEGUNDO.5º.e) de la SAP A Coruña (Sección 3ª), núm. 183/2023, cit.

⁵ Los “reconocimientos de complacencia” suelen ser habituales cuando un varón, pese a saber que no es el padre biológico de un menor, comparece ante el Encargado del Registro Civil con la intención de reconocerlo como propio, darle sus apellidos y asumir las obligaciones paterno-filiales derivadas de esta condición. I. CORDERO CUTILLAS, *La impugnación de la paternidad matrimonial*, Publicacions de la Universitat Jaume I, Castelló de la Plana, 2001, p. 60. Será más complicado que una mujer pueda llevar a cabo un reconocimiento de complacencia, ya que la inscripción de filiación con respecto de la madre -o persona trans gestante- se practicará “siempre que se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo” (art. 44.6 LRC2011). Sin embargo, cabe recordar que sí se prevé que una mujer que se encuentre casada con otra mujer que se esté sometiendo a una fecundación con contribución de donante o donantes a través de una técnica de reproducción asistida, pueda consentir “en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge” (art. 7 LTRHA) y que la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación no se podrá impugnar (art. 8 LTRHA).

⁶ Art. 140 CC. “[...] Cuando exista posesión de estado, la acción de impugnación corresponderá a quien aparece como hijo o progenitor y a quienes por la filiación puedan resultar afectados en su calidad de herederos forzosos. La acción caducará pasados cuatro años desde que el hijo, una vez inscrita la filiación, goce de la posesión de estado correspondiente. [...]”.

⁷ Art. 141 CC. “La acción de impugnación del reconocimiento realizado mediante error, violencia o intimidación corresponderá a quien lo hubiere otorgado. La acción caducará al año del reconocimiento o desde que cesó el vicio de consentimiento, [...]”.

no era su hijo, por lo que no cabe hablar de error en el consentimiento. Invocó, además, la excepción de caducidad de la acción en el acto del juicio.

6. Cabe destacar que, en el momento de la interposición de la demanda, todos los afectados tenían establecida su residencia habitual en España, continuaban siendo ciudadanos venezolanos y don “Florencio” seguía siendo menor de edad, aunque alcanzó la mayoría de edad durante la tramitación del procedimiento. También durante dicha tramitación, se otorgó a doña “Carlota” y a don “Florencio” la nacionalidad española.

7. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Betanzos de 27 de febrero de 2023 que dio lugar al recurso planteado, había estimado parcialmente la demanda y, entre otros aspectos, declaró caducada la acción para la impugnación de la paternidad del demandado, acordó establecer la guarda y custodia de don “Florencio” a favor de su madre, mantuvo la patria potestad compartida entre sus dos progenitores y fijó la pensión por alimentos que debía abonar el padre “en 200 euros, hasta que [don “Florencio” pudiera] acceder al mercado laboral y disponer de independencia económica una vez terminados sus estudios [...] revalorizable anualmente conforme al índice económico aplicable”⁸. Los gastos extraordinarios debían correr al 50 por cien entre ambos progenitores. Contra dicha sentencia, el demandado reconviniendo interpuso recurso de apelación sobre impugnación de paternidad y establecimiento de prestación alimenticia. En el momento de la interposición del recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de A Coruña, don “Claudio” residía en Dublín (República de Irlanda).

8. Con fecha 24 de mayo de 2023 la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de A Coruña dictó sentencia por la que estimó el recurso de apelación presentado, revocó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia apelada y desestimó la demanda formulada por doña “Carlota”. La Audiencia estimó la acción de impugnación de filiación convencional y declaró que don “Florencio” no era hijo del demandado, por lo que absolvió finalmente a don “Claudio” de la pretensión de abono de la prestación alimenticia. Pero veamos por qué.

II. Sobre los reconocimientos de complacencia

9. Con respecto a la impugnación de la paternidad planteada por parte de don “Claudio”, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción consideró que el consentimiento que éste otorgó ante el Registro Civil en Venezuela no había sido un reconocimiento de complacencia, ya que no constaba que supiera que no era el padre biológico de Florencio en el momento de prestarlo⁹. También señala que estamos ante un “reconocimiento inexacto” puesto que resulta verosímil, o al menos factible, que el reconocedor pudiera haber sido el padre del menor -puesto que había mantenido en el pasado relaciones con la madre de éste- y que, aunque realmente hubiera existido un vicio en dicho reconocimiento derivado del engaño urdido por parte de la demandante, el error había cesado en 2019, momento en que doña “Carlota” confirmó a don “Claudio” que no era el padre biológico del menor, por lo que la acción del artículo 141 del Código Civil ya había caducado por haber transcurrido más de un año desde entonces.

10. En la sentencia del Juzgado de Primera Instancia se invoca la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo recogida en la STS núm. 496/2016, de 15 de julio¹⁰. En el caso abordado por la sentencia, un varón había reconocido, constante matrimonio, como hija propia a la descendiente de su esposa, sabiendo perfectamente que no lo era en realidad y prescindiendo por completo de la realidad biológica. Se trataba, por tanto, de un reconocimiento de complacencia.

⁸ AH PRIMERO de la SAPA Coruña (Sección 3ª), núm. 183/2023, cit.

⁹ FD SEGUNDO.8º.a) de la SAP A Coruña (Sección 3ª), núm. 183/2023, cit.

¹⁰ STS (Sala de lo Civil, Pleno) núm. 494/2016, de 15 de julio de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:3192).

11. Tras cesar la convivencia del matrimonio, la esposa inició el procedimiento de divorcio y el esposo interpuso una acción de impugnación de reconocimiento de filiación de la niña. Cabe señalar que la niña había nacido en 2003, que el demandante y la demandada habían contraído matrimonio en septiembre de 2007, el reconocimiento de la filiación en el Registro Civil se había producido en noviembre de 2009 y la demanda de impugnación se planteó en marzo de 2012.

12. La representación del actor alegaba que los reconocimientos de complacencia son radicalmente nulos *ab initio* e insanables “por falta misma del objeto”¹¹, mientras que la representación de la demandada señalaba que “los mayores de edad respondemos de todos nuestros actos”¹² y que, por lo tanto, al haber practicado el actor su reconocimiento con pleno conocimiento de que la menor no era su hija biológica, no existía ningún error invalidante en el consentimiento¹³. La demandada alegaba también que el plazo para interponer la demanda había caducado ya que nos encontramos ante una filiación matrimonial y, por tanto, ya había se había excedido el periodo de un año contemplado en el artículo 136 del Código Civil.

13. El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Málaga desestimó la demanda, reconociendo el carácter matrimonial de la filiación y, por tanto, caducado el plazo para interponer la acción de impugnación de la paternidad, no apreciando tampoco que se hubiera acreditado vicio alguno en la voluntad del actor.

14. Contra esta sentencia el actor interpuso recurso de apelación, en el que se acogía a la doctrina en materia de reconocimientos de complacencia fijada por la Sala de lo Civil en las STS de 27 de mayo 2004¹⁴ y de 12 de julio de 2004¹⁵. Sin embargo, la Audiencia Provincial de Málaga¹⁶ consideró que la que debía aplicarse al caso enjuiciado era la más reciente STS de 10 de mayo de 2012¹⁷ la cual, tras referirse a las citadas sentencias del año 2004, establece que el “reconocimiento, efectuado constante matrimonio, atribuye a la filiación reconocida el carácter de matrimonial, puesto que el matrimonio de los padres produce el cambio de régimen de la filiación”¹⁸. Por tanto, la naturaleza matrimonial de la filiación impugnada, impide la aplicación del artículo 140 del Código Civil, tal y como pretende el recurrente, por lo que habiendo transcurrido el plazo de un año previsto en el artículo 136 del Código y no concurriendo ningún vicio de la voluntad en el reconocimiento, no podía prosperar el recurso de casación formulado por la representación procesal del demandante. La sentencia del Tribunal Supremo del año 2016, desestimó el recurso de casación interpuesto por el actor, confirmando la resolución de la Audiencia Provincial reseñada.

¹¹ FD PRIMERO de la STS (Sala de lo Civil, Pleno) núm. 494/2016, cit.

¹² Ibid.

¹³ Ibid.

¹⁴ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 453/2004, de 27 de mayo de 2004 (ECLI:ES:TS:2004:3668). En este caso, el demandante había reconocido a un menor como propio por complacencia, antes de haber contraído matrimonio civil con la madre de éste, por lo que se amparó en el plazo de cuatro años del art. 140 CC para promover la declaración de nulidad de dicho reconocimiento. En la sentencia se señala que el mencionado art. 140 CC se proyectaría tanto “a los hijos nacidos sin que los padres se hubieran casado, como a los nacidos antes del matrimonio y no resultan hijos biológicos [...], no obstante el matrimonio [posterior] de la madre progenitora y padre no progenitor”. La Sala del Supremo declaró la nulidad del reconocimiento realizado de la paternidad biológica del menor, otorgando prioridad a la verdad biológica sobre la presunta resultante del estado matrimonial, por lo que consideró desvanecida por completo la presunción del art. 116 CC al haberse probado que el hijo reconocido no era hijo biológico del recurrente.

¹⁵ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 669/2004, de 12 de julio de 2004 (ECLI:ES:TS:2004:5032). En este caso se aborda la impugnación de un reconocimiento de complacencia de una menor, llevado a cabo una vez casados por lo civil la madre de la niña y el demandante. En la *ratio decidendi* de la sentencia objeto de recurso se había señalado que no podía aceptarse que éste pudiera cuando le convenga y “so pretexto de que coincidiera la verdad material con la formal, [...] desdecirse de lo que de forma tan solemne y libre manifestó en su día ante el Encargado del Registro Civil, obligándose a las consecuencias de comportarse como padre de la reconocida aceptando ser tenido como tal aun sabiendo que biológicamente no lo era”. Por el contrario, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación, reiterando la línea de interpretación señalada en la sentencia anteriormente mencionada, que otorgaba prioridad a la verdad biológica sobre la resultante del estado matrimonial.

¹⁶ SAP Málaga (Sección 6ª) núm. 8/2015, de 14 de enero de 2015 (ECLI:ES:APMA:2015:418).

¹⁷ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 300/2012, de 10 de mayo de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:3058).

¹⁸ FD TERCERO.4º de la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 300/2012, cit.

III. Competencia jurisdiccional y Derecho aplicable en los procedimientos de familia

15. Regresando al caso que nos ocupa y antes de entrar en los motivos del recurso de apelación, la Audiencia Provincial de A Coruña trató de dilucidar cuál era la jurisdicción competente para pronunciarse sobre un asunto de filiación y alimentos entre ciudadanos venezolanos, así como el Derecho aplicable a los referidos temas.

16. Con respecto a la primera de las cuestiones, el artículo 22 quáter de la Ley Orgánica del Poder Judicial atribuye competencia a los tribunales españoles para pronunciarse en materia de filiación, siempre que el hijo o menor tenga establecida su residencia habitual en España en el momento de interponerse la demanda o si el demandante es español o reside habitualmente en nuestro país (art. 22 quáter.d) LOPJ), y también atribuye a nuestros tribunales competencia en materia de alimentos si el acreedor de los mismos o el demandado tienen su residencia habitual en España (art. 22 quáter.f) LOPJ). Por tanto, dado que todos los afectados por el procedimiento tenían establecida su residencia habitual en España en el momento de formalizarse la demanda, no cabe duda de que los tribunales españoles son competentes para enjuiciar las cuestiones planteadas por las partes¹⁹.

17. En cuanto al Derecho aplicable, partiendo de la consideración de que doña “Carlota”, don “Florencio” y don “Claudio” ostentaban la nacionalidad venezolana en el momento de interponerse la demanda, la Audiencia considera que los tribunales españoles deben aplicar de oficio las normas de conflicto del Derecho español, tal y como establece el artículo 12.6 del Código Civil. En dicho sentido, en cuanto al Derecho aplicable a la determinación y carácter de la filiación por naturaleza, teniendo en cuenta que el artículo 9.4 del Código Civil remite a la ley de la residencia habitual del menor “en el momento de establecerse la filiación”²⁰ y, dado que don “Florencio” residía entonces en la República Bolivariana de Venezuela, la legislación que resultaría de aplicación a esta cuestión sería la venezolana. En segundo lugar, en materia de obligaciones de alimentos entre parientes, el artículo 9.7 del Código remite al Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, en cuyo artículo 3.1 se establece que este tipo de obligaciones “se regirán por la ley del Estado de la residencia habitual del acreedor”²¹, por tanto, la ley española.

IV. La falta de prueba del Derecho extranjero

18. Considerando que el Derecho aplicable en el presente asunto en materia de filiación es el venezolano, la Audiencia Provincial de A Coruña apela al artículo 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil²² que exige probar el contenido y vigencia del Derecho extranjero, pero que también faculta al tribunal para valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación.

19. En dicho sentido, continúa argumentando la sentencia que, en la medida en “que los jueces españoles no tienen obligación de conocer el Derecho extranjero”²³, se ha exigido históricamente su prueba, de forma que en este extremo el Derecho recibe un tratamiento similar al que reciben los hechos, pues debe ser objeto de alegación y prueba [...] con la particularidad de que el tribunal puede valerse de los medios que estime necesarios, y se hallen a su alcance, para conocer ese Derecho extranjero a apli-

¹⁹ Sin perjuicio de que los tribunales de otro Estado pudieran también declararse competentes, tal y como establece la sentencia en su FD TERCERO de la SAP A Coruña (Sección 3ª), núm. 183/2023, cit.

²⁰ FD CUARTO de la SAP A Coruña (Sección 3ª), núm. 183/2023, cit.

²¹ Art. 3.1 Protocolo sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias, hecho en La Haya el 23 de noviembre de 2007.

²² Al que remite el art. 33.1 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil. Art. 33 LCJIMC. “De la prueba del Derecho extranjero. 1. La prueba del contenido y vigencia del Derecho extranjero se someterá a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil y demás disposiciones aplicables en la materia.”

²³ Y ello es así porque “el principio *iura novit curia* no opera en nuestro ordenamiento respecto a la prueba del Derecho extranjero; el juez no tiene obligación de aplicar de oficio un Derecho extranjero”. YBARRA BORES, “La prueba del Derecho extranjero y el artículo 33.3 de la Ley 29/2015, de cooperación jurídica internacional en materia civil”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, núm. 1, 2022, p. 526.

car; si bien es una mera facultad, no una obligación”²⁴. En dicho sentido, hallándonos inmersos en pleno siglo XXI -también conocido como “siglo de la información”-, en el que la sociedad está interconectada y nos movemos en entornos digitales, “la acreditación del Derecho extranjero ha dejado de ser una tarea ardua y casi imposible (salvo casos particulares) [siendo] muchos los medios al alcance de las partes y del Tribunal para lograr el objetivo”²⁵.

20. En este contexto, dado que la Ley de Enjuiciamiento Civil no ofrece ninguna respuesta a aquellos casos en los que alguna de las partes no pudiera alegar o probar el Derecho extranjero, ni tampoco lo hace la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil²⁶, son la doctrina²⁷ y la jurisprudencia²⁸ quienes han fijado diferentes tesis que tratan de resolver esta cuestión. Sin embargo, las respuestas otorgadas no son uniformes y van desde la necesidad de aplicar de oficio el Derecho extranjero en estos casos, hasta la necesidad de desestimar la demanda²⁹ o, incluso, abogan por la aplicación del Derecho español, en línea con lo dispuesto en el artículo 33.3 de la Ley 29/2015³⁰.

21. El argumento favorable a la aplicación de oficio del Derecho extranjero se sustentaría en el carácter imperativo de las normas de conflicto españolas (art. 12.6 CC³¹). Con respecto a esta postura, debemos recordar que “el sistema español de alegación y prueba del Derecho extranjero está diseñado para que la carga de la prueba recaiga sobre las partes según el artículo 282 de la LEC”³², por lo que optar por esta posibilidad podría ir “en contra del principio de congruencia de la sentencia, el principio dispositivo y el de justicia rogada”³³. En principio, la parte deberá ser quien aporte y, si el Juez la considera suficiente, aplicará el Derecho extranjero, pero si los medios a su alcance no llegan “a ser suficientes para acreditar satisfactoriamente el Derecho extranjero, el juez estará obligado a colaborar con las partes. En estos casos, la facultad reconocida al juez por el art. 281.2 LEC, deviene en un deber”³⁴. Sin embargo, tal y como afirma el profesor ORTEGA GIMÉNEZ, “teniendo en cuenta las amplias facultades de investigación de oficio de los Juzgados y Tribunales en relación con el Derecho extranjero, así como

²⁴ FD QUINTO de la SAP A Coruña (Sección 3ª), núm. 183/2023, cit.

²⁵ P. DIAGO DIAGO, “La prueba del Derecho extranjero tras la Ley de Cooperación Jurídica internacional en materia civil”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, t. XVII, 2017, p. 556.

²⁶ Esta ausencia de regulación para los casos de falta de prueba del Derecho extranjero, es uno de los principales problemas del sistema español de Derecho internacional privado, tal y como afirma A. YBARRA BORES, “La prueba del Derecho extranjero...”, cit., p. 525.

²⁷ Véase, por ejemplo, A. ORTEGA GIMÉNEZ, “Cuestiones prácticas acerca del régimen de alegación y prueba del derecho extranjero en España”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 1, 2014, pp. 205-210; o I. LORENTE MARTÍNEZ, “Prueba y alegación del Derecho extranjero en el Derecho internacional privado europeo y español. La influencia de las Partidas y de Jacobo de las Leyes”, *Actualidad Civil*, núm. 10, 2022.

²⁸ Véase, entre otras, la STC (Sala 2ª), núm. 155/2001, de 2 de julio (ECLI:ES:TC:2001:155); o la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 723/2001, de 17 de julio (ECLI:ES:TS:2001:6284), que señala en su FD SEGUNDO, entre otros extremos, que “cuando a los Tribunales españoles no les es posible fundamentar con seguridad absoluta la aplicación del Derecho extranjero, habrán de juzgar y fallar según el Derecho patrio”. En el mismo sentido la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 198/2015, de 17 de abril (ECLI:ES:TS:2015:1868); o la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 578/2021, de 27 de julio (ECLI:ES:TS:2021:3188).

²⁹ En ocasiones preferible a la aplicación del Derecho sustantivo español, en su defecto, tal y como afirma J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Falta de prueba del Derecho extranjero”, *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 20, 2018, pp. 11-20.

³⁰ Véase, por ejemplo, F.J. BARRENA BENITO, “La prueba del Derecho extranjero en el ordenamiento jurídico español”, *Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado*, núm. 3, 2022, pp. 320-337.

³¹ Art. 12 CC. “[...] 6. Los Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del derecho español”. Este art. 12.6 CC debería “orientar la interpretación de todos los preceptos relativos al régimen procesal del Derecho extranjero como lo haría una estrella polar”. En P. DIAGO DIAGO, “La prueba del Derecho extranjero...”, cit., p. 535.

³² A. ORTEGA GIMÉNEZ, *Alegación y medios de prueba del Derecho extranjero en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 197.

³³ *Ibid.*

³⁴ Podemos decir que el sistema español relativo a la carga de la prueba del Derecho extranjero es, por tanto, mixto. P. DIAGO DIAGO, “La prueba del Derecho extranjero...”, cit., p. 556.

las especialidades del mismo [...] que impiden su equiparación completa a la prueba de los hechos, [su posible] aplicación de oficio [...] es perfectamente ajustada a Derecho”³⁵.

22. La opción de desestimar la demanda en caso de que un determinado litigio deba regirse por el Derecho extranjero pero éste no se alegue o no se pruebe, es la tesis doctrinal mayoritaria³⁶, pero no la más seguida por la jurisprudencia española. Así, por ejemplo, el profesor CARRASCOSA GONZÁLEZ afirma que en los “casos de falta voluntaria de prueba del Derecho extranjero, la desestimación de la demanda constituye una solución más eficiente, eficaz y efectiva y jurídicamente mejor argumentada”³⁷ que optar por la “pétreo aplicación inflexible del Derecho sustantivo español”³⁸. Por el contrario, otros autores³⁹ consideran que la falta de acreditación de este Derecho extranjero no debería tener “como radical consecuencia la desestimación de la demanda o la desestimación de la pretensión de la parte que lo invoca, sino la aplicación del Derecho español”⁴⁰. En este mismo sentido se pronunció expresamente el Tribunal Constitucional español en su sentencia núm. 155/2001, de 2 de julio, en la que exige “estar, en defecto de prueba del Derecho extranjero invocado en el proceso, al Derecho español”⁴¹, lo que considera más respetuoso con el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución española que optar por la desestimación de la demanda. Sin embargo, como acertadamente considero que se afirma en el Auto de la Audiencia Provincial de Salamanca núm. 124/2021, de 10 de septiembre⁴² “el respeto a la imperatividad de las normas de conflicto impide excluirlas con la aplicación de la *lex fori* a la mínima oportunidad, cosa que favorecería dejar la aplicación de las normas de conflicto a la libre voluntad de las partes, que tendrían suficiente con no alegar el derecho extranjero para eludir su aplicación cuando no les interesara, aunque a él se remitiera la norma de conflicto”⁴³.

23. Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo núm. 578/2021, de 27 de julio⁴⁴, afirma que la prueba del Derecho extranjero podrá practicarse incluso en apelación y casación, siempre y cuando haya “sido alegado en el momento procesal oportuno, que de ordinario es la demanda o la contestación a la demanda, y cuando [sirva] para fundar las consecuencias jurídicas que la parte intenta anudar a hechos y pretensiones oportunamente introducidas en el proceso, posibilitando que el tribunal aplique con más seguridad el Derecho extranjero que fue oportunamente alegado”⁴⁵. Por el contrario, no considera admisible permitir la aportación de prueba sobre el Derecho extranjero en los recursos, si ello supone alterar los términos en que se fijó el debate en la demanda, en la contestación y en la audiencia previa implicando, por tanto, que dicho recurso se convierta en un nuevo juicio en el que se modifique el objeto del proceso.

24. En cualquier caso, en el supuesto que nos ocupa, no es ninguna de las partes la que ha aportado la prueba del Derecho extranjero en este momento procesal, sino que ha sido la propia Audiencia Provincial de A Coruña quien se ha decantado por investigar y aplicar de oficio el Derecho que considera aplicable al caso, esto es, el venezolano, dado que considera que el Derecho español debe aplicarse solo excepcionalmente “en aquellos supuestos en los que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero” (art. 33.3 LCJIMC). Para ello, buscó y descargó a través de Internet el Código Civil vigente en la República Bolivariana de Venezuela y, tras interpretar diversos de sus preceptos, consideró que no parece estipularse un plazo de caducidad para las acciones de

³⁵ A. ORTEGA GIMÉNEZ, *Alegación y medios de prueba...*, cit., p. 108.

³⁶ Véase, entre otros, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Falta de prueba del Derecho...”, cit.; A. ORTEGA GIMÉNEZ, *Alegación y medios de prueba...*, cit.

³⁷ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Falta de prueba del Derecho...”, cit., p. 11.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Como F.J. BARRENA BENITO, “La prueba del Derecho extranjero...”, cit.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 330.

⁴¹ FJ 5 de la STC (Sala 2ª), núm. 155/2001, cit.

⁴² AAP Salamanca (Sección 1ª), núm. 124/2021, de 10 de septiembre (ECLI:ES:APSA:2021:390A).

⁴³ RJ CUARTO de la AAP Salamanca (Sección 1ª), núm. 124/2021, cit.

⁴⁴ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 578/2021, cit.

⁴⁵ FD SEXTO.1 de la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 578/2021, cit.

impugnación de la filiación, por lo que éstas no prescribirían y que, “[a] diferencia del código español, no se reconocen específicamente acciones de impugnación por vicios del consentimiento [...por lo que] la acción puede ejercitarla quien reconoce, en cuanto tiene interés legítimo, y sin plazo prescriptivo”⁴⁶.

25. Por todo lo señalado, habiendo reconocido doña “Carlota” que don “Florencio” no era hijo biológico de don “Claudio”, la Audiencia Provincial terminó estimando la impugnación del reconocimiento efectuado, revocando la sentencia apelada y desestimando, por tanto, la demanda de prestación de alimentos, al no ser don “Claudio” el progenitor del ya mayor de edad, ni encontrarse entre los familiares obligados a ello comprendidos en el artículo 143 del Código Civil⁴⁷.

V. Consideraciones finales

26. Más allá de las dificultades aparejadas a la prueba el Derecho extranjero, cuando de conformidad con nuestras normas de conflicto, un ordenamiento jurídico foráneo al español deba ser aplicado a la cuestión planteada y ninguna de las partes lo haya alegado o probado, nos encontramos ante un dilema todavía mayor. Ni la Ley de Enjuiciamiento Civil, ni la de cooperación jurídica internacional en materia civil, se han pronunciado expresamente sobre qué hacer en estos casos, lo que dará lugar a situaciones dispares en la práctica, a una falta de uniformidad en los resultados alcanzados y a una notable inseguridad jurídica.

27. Como sabemos, aunque los tribunales están obligados a aplicar de oficio las normas de conflicto, si la parte a quien interesa la aplicación del Derecho extranjero no lo ha alegado o no ha podido acreditar adecuadamente su contenido y vigencia, el artículo 33.3 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil permite que los tribunales españoles puedan aplicar “excepcionalmente” a estas situaciones nuestra normativa sustantiva interna. Sin embargo, este carácter excepcional y subsidiario predicado por la Ley 29/2015, se ha convertido en regla general en la práctica, optándose por la aplicación de la *lex fori* a la mínima oportunidad.

28. Consideramos que lo más adecuado sería que el legislador español colmase el vacío legal ante el que nos encontramos cuando se produce la falta de alegación y prueba del Derecho extranjero que, conforme a las normas de conflicto, debe ser de aplicación al supuesto enjuiciado. A dichos efectos, no resultaría descabellado en absoluto que se permitiera expresamente que los jueces y tribunales pudieran indagar, de oficio o a instancia de parte, sobre el contenido y vigencia de las normas extranjeras aplicables al caso, hubieran sido o no alegadas y probadas por las partes.

29. Ante el profundo silencio de la norma española con respecto a esta cuestión, la Audiencia Provincial de A Coruña ha optado en esta ocasión por investigar y aplicar de oficio el Derecho extranjero, pese a no haber sido alegado en absoluto por las partes en la demanda, en la contestación, ni en los escritos de interposición y de oposición al recurso de apelación, lo que por algunos se interpretará como una extralimitación del Tribunal y, por otros, como la solución más adecuada. Habrá que esperar a ver cómo se pronuncia el Tribunal Supremo en relación con el supuesto objeto del presente estudio -siempre y cuando las partes se decidan a continuar litigando-, o bien, a la respuesta que el legislador español otorgue a esta falta de claridad normativa, en caso de que se decida a ello en algún momento.

⁴⁶ FD SEXTO de la SAPA Coruña (Sección 3ª), núm. 183/2023, cit.

⁴⁷ Según dicho artículo, los obligados a prestarse recíprocamente alimentos son los cónyuges, ascendientes y descendientes, así como los hermanos en determinadas circunstancias.

Bienes culturales e “*interest analysis*”: una victoria
para España ante los tribunales de California
(*Cassirer v Thyssen-Bornemisza Collection Fund*)

Cultural property and “*interest analysis*”: a victory
for Spain before the California courts
(*Cassirer v Thyssen-Bornemisza Collection Fund*)

NICOLÁS ZAMBRANA TÉVAR
Associate Professor, KIMEP University
ORCID ID: 0000-0002-0695-3860

Recibido: 22.01.2024 / Aceptado: 25.01.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8459

Resumen: Este artículo comenta una sentencia que puede poner fin a un largo y complejo litigio que trata de la aplicación de la teoría de la ponderación de intereses en conflicto – “*comparative impairment approach*” – en materia de conflicto de leyes. También trata de la elección entre las normas de conflicto federales, o estatales. Este litigio es también muy relevante para la actual batalla que tiene lugar ante los tribunales norteamericanos, para recuperar obras de artes expropiadas por los Nazis y que se encuentran fuera de los Estados Unidos.

Palabras clave: conflicto de leyes, bienes culturales, prescripción adquisitiva, *lex rei sitae*, ponderación de intereses.

Abstract: This article discusses a court decision which may put an end to a long and complex case dealing with the application of the “*comparative impairment approach*” and with the choice between state and federal conflict of law norms. This case is also very relevant in the ongoing struggle before American courts, to recover works of art expropriated by the Nazis and which may be found outside the United States.

Keywords: conflict of laws, cultural property, adverse possession, *lex rei sitae*, *comparative impairment*.

Sumario: I. Introducción. II. El fallo del Tribunal de Apelaciones en 2024. III. Posible aplicación de la ley de terceros estados. IV. Conclusiones y predicciones.

I. Introducción

1. El pasado 9 de enero, el Tribunal Federal de Apelaciones del Noveno Circuito de Estados Unidos falló a favor del Museo Thyssen Bornemisza, en un caso que se ha prolongado varias décadas. Un panel de tres jueces entendió que, aplicando las normas de conflicto del estado de California, España tiene un interés superior en la aplicación del Derecho español. La cuestión de la ley aplicable era esen-

cial porque, conforme a Derecho español, el Museo había adquirido la propiedad del cuadro por usucapción mientras que, conforme a Derecho de California, un poseedor de buena fe nunca puede adquirir la propiedad de un objeto robado.

2. En 1939, Lilly Cassirer fue despojada por los nazis de un cuadro de su propiedad, pintado por Pissarro. El cuadro reapareció en Estados Unidos, donde lo adquirió el Baron Thyssen en 1976, trasladándolo a su residencia de Suiza. En 1993 el cuadro fue adquirido por España, junto con toda la colección Thyssen. En el año 2000, Claude Cassirer, descendiente de Lilly, tuvo conocimiento de que el cuadro estaba expuesto en Madrid. En 2005, Claude demandó al Museo y a España ante un Tribunal Federal de Distrito de California, aunque más adelante España dejó de ser parte.

3. En 2010,¹ el Tribunal Federal de Apelaciones del Noveno Circuito entendió que el demandado no gozaba de inmunidad de jurisdicción conforme a la *Foreign Sovereign Immunities Act* (FSIA), lo que también determinaba la competencia judicial internacional de los tribunales norteamericanos.² En 2012 el Tribunal de Distrito falló a favor del Museo, entendiendo que la acción había prescrito, pero el mencionado tribunal de apelaciones revocó la sentencia y permitió que el litigio prosiguiera.³

4. De nuevo ante el Tribunal de Distrito, en 2015 el tribunal decidió que para determinar la ley aplicable al derecho de propiedad sobre el cuadro había que aplicar las normas federales de conflicto de leyes, que señalaban a la ley española como ley aplicable. Sin embargo, el tribunal advirtió que también aplicando las normas de conflicto de leyes del estado de California se llegaba a la misma conclusión.⁴

5. En un nuevo recurso, el Tribunal de Apelaciones confirmó, en 2017, que eran de aplicación las normas federales de conflicto de leyes y que éstas señalaban a la ley española como ley aplicable. Aplicando derecho español, el Tribunal de Apelaciones consideró que el Tribunal de Distrito debía decidir si la conducta del Museo, al adquirir el cuadro, había sido la de un encubridor, pues en ese caso el plazo de prescripción de la acción reivindicatoria sobre la propiedad del cuadro se vería prolongado, conforme al artículo 1956 del Código Civil.⁵

6. Más adelante, en 2019, el Tribunal de Distrito entendió que el Museo no era un encubridor, porque en 1993 no sabía que el cuadro había sido robado. También entendió que conforme a derecho español el cuadro pertenecía al Museo por prescripción adquisitiva, lo cual fue ratificado por el Tribunal de Apelaciones en 2020.⁶

7. Los demandantes recurrieron entonces ante el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, que en 2022 decidió que en procedimientos iniciados conforme a la *FSIA* y en los que se hubiera despojado al estado extranjero de su inmunidad, el demandado debía ser tratado como una parte privada, lo que en este caso significaba que tanto el Tribunal de Distrito como el Tribunal de Apelaciones debieron haber aplicado las normas de conflicto del estado de California, porque esa es la regla general cuando un tribunal federal asume competencia, en casos en los que no están en juego los “intereses federales”.⁷

8. En 2023 el Tribunal de Apelaciones elevó una “cuestión prejudicial” al Tribunal Supremo del Estado de California, pidiéndole que le indicara si la ley aplicable al caso era la ley española o la ley

¹ *Cassirer v. Kingdom of Spain*, 616 F.3d 1019 (9th Cir. 2010) (*en banc*) (“*Cassirer I*”).

² *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976*, 28 USC.

³ *Cassirer v. Thyssen-Bornemisza Collection Found.*, 2012 WL 12875771, at *2 (C.D. Cal. May 24, 2012); *Cassirer v. Thyssen-Bornemisza Collection Found.*, 737 F.3d 613 (9th Cir. 2013) (“*Cassirer II*”).

⁴ *Cassirer v. Thyssen-Bornemisza Collection Found.*, 153 F. Supp. 3d 1148 (C.D. Cal. 2015).

⁵ *Cassirer v. Thyssen-Bornemisza Collection Found.*, 862 F.3d 951 (9th Cir. 2017) (“*Cassirer III*”).

⁶ *Cassirer v. Thyssen-Bornemisza Collection Found.*, 2019 WL 13240413 (C.D. Cal. Apr. 30, 2019); *Cassirer v. Thyssen-Bornemisza Collection Found.*, 824 F. App’x 452 (9th Cir. 2020) (“*Cassirer IV*”).

⁷ *Cassirer v. Thyssen-Bornemisza Collection Found.*, 596 U.S. 107, 117, 142 S.Ct. 1502, 212 L.Ed.2d 451 (2022) (“*Cassirer V*”).

de California, conforme a las normas de conflicto del estado de California. Sin embargo dicho Tribunal Supremo declinó la petición.⁸ Como ya se ha dicho, en enero de 2024 el Tribunal de Apelaciones falló que, aplicando las normas de conflicto de California, era aplicable la ley española y que, conforme a dicha ley, el Museo había adquirido la propiedad del cuadro por prescripción adquisitiva, conforme al artículo 1955 del Código Civil.⁹

9. Esta nota pretende comentar las cuestiones de ley aplicable de este largo y complejo procedimiento, centrándonos en esta última resolución de 2024 y poniéndola en su contexto. El problema más interesante de este litigio era determinar si, en un procedimiento derivado de una norma federal – la *FSIA* – los tribunales federales debían aplicar normas de conflicto federales o las normas de conflicto del estado donde se encuentren dichos tribunales federales. En este sentido se debe recordar que la propia Constitución de los Estados Unidos establece que el derecho federal prevalece sobre el estatal.¹⁰ Sin embargo, cuando ni la Constitución, una norma federal o un tratado digan otra cosa, la sentencia del conocido caso *Erie* estableció que los tribunales federales deben aplicar el derecho sustantivo estatal del foro.¹¹ En sede de derecho internacional privado esto significa que cuando no hay ninguna norma federal concreta de conflicto de leyes, los tribunales federales deben aplicar las normas de conflicto que se encuentren en las leyes y en la jurisprudencia de los estados donde se encuentren tales tribunales federales.¹²

II. El fallo del Tribunal de Apelaciones en 2024

1. “*Interest analysis*” y “*Governmental interest approach*”

10. Conforme al derecho internacional privado del estado de California, la determinación de la ley aplicable al fondo se realiza aplicando el llamado “*governmental interest approach*”, que pide al tribunal examinar el caso en tres etapas sucesivas. En la primera se comprueba si las leyes en conflicto son en realidad diferentes. En la segunda se examina si hay un conflicto de intereses entre los estados cuyas leyes entran en conflicto. Tal conflicto existe si tanto un estado como el otro tienen un interés real y legítimo en que se aplique su ley al caso en cuestión, a la luz de las circunstancias particulares del caso. En la tercera se examina la naturaleza y valor de dichos intereses y se comprueba cuál de los dos estados se vería más afectado en sus intereses y en su política legislativa, si se aplicara la ley del otro estado y no la suya propia – “*comparative impairment approach*”.

11. Para entender mejor el anterior enfoque de conflicto de leyes merece la pena remontarse a los orígenes de la llamada “*American choice-of-law revolution*”. En 1958, BRAINERD CURRIE publicó su famoso artículo comentando el caso *Millikin v Pratt* e introduciendo la teoría del “*interest analysis*” en el derecho internacional privado norteamericano.¹³ En dicho caso, una mujer residente en Massachusetts había ofrecido una garantía personal a un comerciante residente en Maine. La ley de Massachusetts no consideraba válidas tales garantías ofrecidas por una mujer, pero el derecho de Maine, sí. Aparentemente era una manera de proteger a las mujeres. Un tribunal de Massachusetts falló que la ley aplicable era la de Maine, como lugar donde se había concluido el contrato. Sin embargo CURRIE entendió que, cuando un estado legisla, no lo hace pensando en el alcance territorial de sus normas, en casos que tuvieran relación con más de un estado. Dado que el ámbito de aplicación de una norma no suele estar previsto y no lo estaba en este caso, había que preguntarse a qué mujeres quería proteger la ley de Massachusetts – es decir cuál era el alcance territorial de la norma – y la respuesta era que solamente a las mujeres de dicho estado. Por tanto, un tribunal de Massachusetts debía haber aplicado a la garantía la ley de Massachusetts y no la de Maine.

⁸ *Cassirer v. Thyssen-Bornemisza Collection Found.*, 69 F.4th 554 (9th Cir. 2023) (Cassirer VI).

⁹ *Cassirer v. Thyssen-Bornemisza Collection Found.*, No. 19-55616 (9TH CIR. 2024).

¹⁰ *US Constitution* Article VI §2.

¹¹ *Erie Railroad Co. v. Tompkins*, 304 U.S. 64 (1938)

¹² TREVOR C. HARTLEY, *International Commercial Litigation*, Cambridge University Press, 2009, p. 135.

¹³ *Millikin v Pratt* (1878) 125 Mass 374; Hartley, p. 515.

12. CURRIE reconocía que aquí había un conflicto entre el interés legislativo de Massachusetts y el de Maine, puesto que este último estado quería aplicar su propia ley para proteger la validez de los contratos concluidos dentro de su territorio. Existía, por tanto, un verdadero conflicto – un “*true conflict*” –, pero como el interés de un estado no puede prevalecer sobre el de otro, cada estado debía aplicar su propia ley a las personas y situaciones que entren dentro del ámbito de aplicación que se presumen que tienen.

13. No obstante, otros autores no se mostraron conformes con dicha imposibilidad de ponderar los intereses de un “*true conflict*” y elaboraron diferentes teorías para hacerlo. Una de ellas es la de WILLIAM F. BAXTER, que este autor denominó “*comparative impairment approach*” y conforme a la cual – como se ha comentado más arriba – el tribunal debe decidir qué interés estatal se ve menos afectado si la ley de dicho estado no es aplicada.¹⁴

2. Fase 1: leyes diferentes conflicto

14. Respecto a la primera etapa del análisis, estaba bastante claro que las leyes española y californiana eran diferentes. Si se aplicaba derecho de California, la propiedad del cuadro pertenecía a los demandantes, porque conforme a dicha ley un ladrón nunca puede transmitir un justo título sobre el bien robado y porque la ley californiana tampoco reconoce la prescripción adquisitiva sobre bienes muebles de carácter personal. En cambio, si se aplicaba derecho español, la propiedad del cuadro pertenecía al Museo, que sostenía haber poseído de buena fe el cuadro durante los tres años previstos por el artículo 1955 del Código Civil español.

15. Otra diferencia con la ley española era que la ley californiana establecía un plazo procesal máximo de seis años para interponer una acción de reivindicación de una obra de arte robada frente a museos, galerías de arte, casas de subasta y marchantes de arte. El plazo empezaba a correr desde que se tuviera conocimiento del paradero de la obra.¹⁵ Como se sabe, en algunos países del *Common Law*, como Estados Unidos, la prescripción de acciones se caracteriza como una cuestión procesal y por tanto suele ser de aplicación el derecho del foro. En el litigio se discutió si dicho plazo de seis años era de aplicación retroactiva, puesto que se había introducido mediante una reforma del código procesal de California de 2010, es decir, después de que se interpusiera la acción por los demandantes. Sin embargo, en 2016 el Congreso de los Estados Unidos aprobó una ley federal – la *Holocaust Expropriated Arte Recovery (HEAR)* – que establecía un plazo procesal de seis años desde que se descubriera el paradero de obras de arte expoliadas por los Nazis. Dicho plazo era de aplicación, cualquiera que fuera el plazo de la ley estatal y cualquiera que fuera el derecho aplicable al fondo.¹⁶

3. Fase dos: conflicto de intereses

16. En la segunda etapa, el tribunal examinó los intereses de política legislativa de España y de California. El tribunal concluyó que ambos ordenamientos tienen intereses similares, en cuanto que los dos buscan proteger la seguridad jurídica en lo referente a los títulos de propiedad, prevenir el robo e incentivar a los originales y legítimos propietarios de objetos robados para que reivindiquen su propiedad, dentro de un plazo razonable.

17. Sin embargo también había intereses diferentes. La ley española aseguraba a los residentes en España que su derecho de propiedad está protegido, tras poseer el bien en cuestión durante un determinado período de tiempo, mientras que la ley de California trata de luchar contra el robo, facilitar la devolución a las víctimas de robos y promover el ideal de que un comprador de buena fe que adquiere un

¹⁴ HARTLEY, p. 518.

¹⁵ *California Code of Civil Procedure* §338(3)(C).

¹⁶ *Holocaust Expropriated Arte Recovery (HEAR) Act of 2016*, Public Law 114–308—Dec. 16, 2016.

bien inmueble al final de una cadena de adquisiciones que empieza con el ladrón, no adquiere un título legítimo sobre dicho bien. Dicho interés de California es incluso más patente en lo referente a la adquisición de obras de arte robadas, dado el diferente plazo de prescripción establecido para obras de arte en general – especialmente para obras de arte expropiadas por los Nazis –, respecto a otros bienes muebles.

4. Fase tres: “*comparative impairment analysis*”

18. Como se ha dicho antes, la tercera etapa consiste en examinar cuál de los intereses estatales se vería más afectado si fuera subordinado al interés del estado cuya ley se aplicara al fondo del asunto. Este análisis no consiste en determinar cuál de los dos ordenamientos es mejor o más digno de aplicación sino, en definitiva, examinar cuál de los dos estados tiene un interés mayor o más protegible para regular la cuestión de fondo, dadas las circunstancias del concreto litigio.

19. El Tribunal de Apelaciones explicó que, para dicho análisis de los intereses estatales en conflicto, el Tribunal Supremo de California había identificado varios factores: la medida en que la norma en cuestión se aplica en la práctica o, al contrario, ha caído en desuso; el lugar donde tuvieron lugar los negocios jurídicos o conductas relevantes; y la medida en que la ley de uno de los estados impone obligaciones similares a las obligaciones impuestas por la ley del otro estado, así como la medida en que tales obligaciones impuestas por la ley de un estado tienen cabida dentro de o se pueden reconciliar con las leyes del otro estado.

20. Respecto al primer punto, el tribunal aceptó que ni España ni California han mostrado falta de interés en la aplicación de su propio derecho, como demostraban los informes que ambos estados presentaron como *amici curiae*. Además, el tribunal recalcó que era irrelevante que el plazo de seis años del artículo 1956 CCiv estuviera en disonancia con plazos similares de otros ordenamientos extranjeros, ya que la norma sobre la que se apoyaba el demandado era el artículo 1955 CCiv y, nuevamente, porque no se trataba de comprobar qué norma – la española o la californiana – era más útil socialmente.

21. Respecto al peso que había que dar al lugar de la transacción o de la conducta relevante, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de California establecía que normalmente debe prevalecer el interés de un país por regular las conductas que tienen lugar dentro de sus fronteras. Dicho país también tiene interés en asegurar a las personas físicas y jurídicas que operan dentro de su territorio que se les aplicarán las normas de dicho territorio relativas a la limitación de su responsabilidad, en caso de que en el futuro vayan a juicio. En tal caso, un estado tiene interés en promover un grado tal de seguridad jurídica que permita a quienes operan dentro de ese estado o quieren invertir en él confiar en que se aplicará la ley de dicho estado. Por este motivo, la falta de aplicación de las leyes que limitan la responsabilidad en lo relativo a conductas que tienen lugar dentro de un territorio afecta significativamente a los reales y legítimos intereses de un estado en promover la confianza en la aplicación de sus leyes.

22. En lo que respecta al interés de California, como ninguna de las conductas relevantes tuvo lugar en ese estado y como la residencia de los demandantes en California era más bien un hecho fortuito, sin relación alguna con el caso, el Tribunal de Apelaciones entendió que el interés de California en aplicar su ley debía ser considerado menor. Igualmente, el tribunal entendió que un estado posee menos potestad normativa respecto a conductas que tienen lugar en otro estado.

23. La mencionada jurisprudencia del Tribunal Supremo de California en esta materia se refería sobre todo a casos de responsabilidad civil, no de derechos reales. Esta fue una de las razones por las que el Tribunal de Apelaciones elevó la mencionada cuestión prejudicial al Tribunal Supremo de California, pidiéndole que le dijera cómo aplicar el “*governmental interest approach*” a este caso, pero dicho tribunal supremo declinó hacerlo. En la sentencia del caso *McCann*, un antiguo residente de Oklahoma se vio

expuesto a asbestos mientras trabajaba en ese estado.¹⁷ Posteriormente se trasladó a California por otros motivos, se le diagnosticó cáncer y demandó en California a la empresa para la que había trabajado en Oklahoma. El tribunal de California aplicó la ley de Oklahoma – que consideraba prescrita la acción – porque no hacerlo afectaría al interés de Oklahoma en regular conductas que ocurrieran en su territorio. En este caso, dicho interés era el de favorecer a las empresas que operaran en Oklahoma, con un plazo de prescripción más breve, ya que dichas empresas podían legítimamente esperar que se aplicaría la ley de dicho estado. Además, el único punto de conexión del caso con California era que el demandante se había mudado a California – igual que en el caso *Cassirer* –, aunque no lo hubiera hecho precisamente para aprovecharse de la ley de California, más favorable a los demandantes. En el mismo sentido, las empresas de Oklahoma protegidas por la ley de este estado no tenían modo de saber o controlar a dónde se mudarían los potenciales demandantes. La posibilidad de que se aplicara una ley imposible de predecir afectaba al interés de Oklahoma de establecer un marco normativo en el que sus empresas pudieran confiar. Por último y por razones análogas, el interés de California en aplicar su propia ley se veía menos afectado y el coste del tratamiento médico del demandante en California, para sus contribuyentes, no fue considerado un interés suficiente.

24. De modo similar, en la sentencia del caso *Offshore Rental* la conducta relevante – un accidente laboral – había ocurrido en Luisiana, pero el Tribunal Supremo de California entendió que dicho estado tenía un interés vital en favorecer la libertad de empresa y las inversiones en su territorio, mediante una ley en la que sus empresas pudieran confiar. Dicho interés no podía ser desplazado por el hecho fortuito de que el demandante residiera en California.¹⁸

25. A la vista de esta jurisprudencia, el Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito entendió que el interés regulatorio de California descansaba únicamente en el hecho fortuito de que Claude Cassirer, el demandante original, se había mudado a California en 1980, cuando toda su familia creía que el cuadro seguía perdido. Ningún otro hecho relevante había tenido lugar en California. Por tanto, el interés de California era menor.

26. Por el contrario, aplicar la ley de California afectaría negativamente al interés de España en que se aplicara su propia ley. Dicho interés era mayor, puesto que la conducta relevante – la posesión de buena fe durante tres años conforme al artículo 1955 del Código Civil – había tenido lugar en España. Además, aplicar la ley de California significaría que España no podía ofrecer ninguna garantía, a quienes poseyeran bienes en España, de que no podían ser despojados de ellas por demandantes de California que todavía no supieran dónde se encontraban los bienes de los que se hubieran visto privados y quiénes los poseían en la actualidad. Además, los poseedores en España no tenían ningún modo de saber si los bienes que ahora poseían habían sido de propiedad de residentes en California, ni tenían ninguna posibilidad de hacer algo al respecto.

27. El Tribunal de Apelaciones también recordó que, en el momento de la adquisición de la colección Thyssen en 1993, España había exigido del Barón Thyssen una prenda por tres años que garantizara las obligaciones del vendedor, entre ellas la de transmitir un justo título sobre las obras de arte. No aplicar la ley española significaría que ninguna persona en España podría hacer uso de tales instrumentos de garantía, confiando en su eficacia conforme a la ley española, es decir, la ley del lugar donde se constituía tal instrumento.

28. Finalmente, el Tribunal de Apelaciones recordó que el Tribunal Supremo de California había establecido que este análisis comparativo sobre los intereses de las partes debía lograr la máxima eficacia posible de los fines subyacentes a las políticas legislativas todos los países implicados. Así, se debía examinar si la ley de un estado ya protegía los intereses del otro estado o si imponía deberes que

¹⁷ *McCann v. Foster Wheeler*, 225 P.3d 516, 527 (Cal. 2010).

¹⁸ *Offshore Rental Co. v. Cont'l Oil Co.*, 583 P.2d 721, 726 (Cal. 1978).

el otro estado ya impusiera. La razón era que se podía prescindir más fácilmente de la ley de un estado si su falta de aplicación sólo afectaba parcialmente a los intereses del estado cuya ley se dejaba de aplicar. En este caso, el tribunal concluyó que no aplicar la ley de California sólo afectaba parcialmente a los intereses de dicho estado en combatir el robo.

29. Por ejemplo, en el caso *Bernhard*, un cliente de un bar de Nevada, situado en la frontera con California, había tenido un accidente de coche en California.¹⁹ La víctima del accidente demandó al bar de Nevada por negligencia consistente en servir alcohol a conductores borrachos. La ley de Nevada limitaba la responsabilidad civil de sus propietarios de bares, pero la de California no. El tribunal entendió que la ley de California era aplicable. Aunque dicha aplicación incrementaba el riesgo de responsabilidad civil para los comercios de Nevada, el interés de este estado en proteger a sus comerciantes no se veía afectado de modo ilimitado en casos como éste, en que los comercios trataban activamente de atraer clientes del vecino estado de California. Por otro lado, aplicar una sanción civil californiana solo afectaba parcialmente a los intereses regulatorios de Nevada, dado que Nevada también perseguía este tipo de hechos – servir alcohol a borrachos –, aunque lo hiciera mediante leyes penales.

30. En el caso *Cassirer*, el Tribunal de Apelaciones entendió que aplicar la ley española solo afectaba parcialmente al interés de California de facilitar la recuperación de obras de arte robadas, porque la ley de California también contempla la posibilidad de que el propietario de un objeto robado pierda su propiedad, si deja pasar más de seis años desde que descubre el paradero de dicho objeto²⁰; y esto a pesar de que, conforme al derecho de California, un ladrón no puede transmitir un justo título y a pesar de que dicho derecho no contempla la prescripción adquisitiva de bienes muebles de carácter personal.

31. Por último, la ley española también protege el interés de California en prevenir los robos, puesto que el plazo para la prescripción adquisitiva se ve prolongado en caso de que se pruebe que el poseedor es un encubridor. En este caso, la prescripción adquisitiva no operaba si el Museo hubiera sabido que el cuadro era robado, “*a no haber prescrito el delito o falta, o su pena, y la acción para exigir la responsabilidad civil, nacida del delito o falta*” (artículo 1956 CCiv).

5. La determinación de la norma de conflicto aplicable: norma federal o californiana

32. El planteamiento del Tribunal de Apelaciones en su reciente sentencia de enero de 2024 no es nuevo. En efecto, el análisis de intereses que realiza ya fue realizado en términos muy similares por el Tribunal de Distrito en primera instancia, en 2015. De hecho, la sentencia de 2024 contiene muchas citas de las anteriores sentencias que componen la historia procesal de este complejo caso.

33. En 2015 el Tribunal de Distrito concluyó que, en procedimientos derivados de la *FSIA*, la jurisprudencia de los tribunales federales del noveno circuito llevaba a la aplicación de las normas federales de conflicto de leyes. Sin embargo y por prudencia, el Tribunal de Distrito analizó tanto la norma de conflicto federal como la de California, llegando en ambos casos a la conclusión de que era de aplicación la ley sustantiva española. En 2017 el Tribunal de Apelaciones también tuvo la oportunidad de analizar la cuestión de la ley aplicable pero fue menos cauteloso y decidió aplicar únicamente las normas de conflicto federales. Este tribunal afirmó que así lo establecía la jurisprudencia del caso *Schoenberg*²¹, que no había sido claramente modificada por la sentencia del caso *Sachs*.²² En esta última sentencia el Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito tan solo afirmaba que podía ser apropiado aplicar las normas de conflicto de California.

¹⁹ *Bernhard v. Harrah's Club*, 546 P.2d 719, 723 (Cal. 1976)).

²⁰ *Supra* notas 12 y 13.

²¹ *Schoenberg v. Exportadora de Sal, S.A. de C.V.*, 930 F.2d 777, 782 (9th Cir. 1991)).

²² *Sachs v. Republic of Austria*, 737 F.3d 584, 600 n.14 (9th Cir. 2013).

34. El primer caso derivado de la *FSIA*, en el que el Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito aplicó normas federales de conflicto de leyes, fue *Harris v. Polskie Linie Lotnicze*.²³ En este caso el tribunal explicó que la *FSIA* no proporcionaba normas de conflicto y que el *Restatement (Second) of Conflict of Laws* de 1971– una conocida compilación de jurisprudencia elaborada por el *American Law Institute* – proporcionaba “principios generales” de conflicto de leyes. Además, en esta y en posteriores sentencias, el tribunal basó su uso de normas federales de conflicto de leyes en que la competencia que otorgaba la *FSIA* era diferente de la competencia que otorgaban las normas de competencia habituales de los tribunales federales. Entre otras cuestiones, los tribunales federales de Estados Unidos tienen competencia para casos de *diversity*, es decir, cuando una de las partes no es residente en el estado del foro, en cuyo caso los tribunales federales sí tienen que aplicar normas de conflicto del estado del foro. Como la competencia que proporciona la *FSIA* no es en *diversity*, sino que es competencia en casos relativos a inmunidad soberana de estados extranjeros, los tribunales federales no deberían estar vinculados por las normas de conflicto del estado del foro.

35. Volviendo al caso *Cassirer* aquí comentado, en 2015 el Tribunal de Distrito aplicó el párrafo §246 del *Restatement* y concluyó que a la adquisición de un derecho real sobre un bien mueble por prescripción adquisitiva se le aplica la ley del estado donde se encontrara dicho bien en el momento en que se afirme que dicha adquisición tuvo lugar. Esta aplicación de la *lex rei sitae* se ve moderada por el hecho de que el estado donde se localice el bien tiene solo un “interés dominante” en que se aplique su propia ley. Sin embargo, citando varias veces al Profesor Calvo Caravaca, el Tribunal de Distrito entendió que, en materia de derechos reales, la protección de las justas expectativas de las partes es de mucha importancia y que el criterio de la *lex rei sitae* tiene la ventaja de su simplicidad, certeza, predecibilidad y uniformidad de sus resultados. Reforzando esta conclusión, el tribunal recordó que el cuadro ya llevaba en España más de veinte años, que la única relación del cuadro con California era que Cassirer se había mudado allí en 1980 y que el cuadro había estado físicamente en California durante muy poco tiempo.

36. Como se ve, también conforme al Derecho internacional privado federal, las normas de conflicto están sujetas a un ejercicio de ponderación de todas las circunstancias e intereses subyacentes. En 2017, el Tribunal de Apelaciones, hizo un ejercicio de ponderación de los intereses en conflicto aún mayor, en la aplicación de las normas federales de conflicto de leyes y del *Restatement*. Aunque ambas leyes – española y californiana – protegían las mismas políticas legislativas básicas en materia de derechos reales, el interés de España en aplicar su propia ley se apreciaba en que el Museo había adquirido el cuadro con fondos estatales. California, por otra parte, tenía un interés en proteger a los propietarios de obras de arte desposeídos, para lo cual el legislador de California había establecido un específico plazo de prescripción de acciones para la recuperación de obras de arte expropiadas por los Nazis.²⁴ Además, el Tribunal de Apelaciones también tuvo en consideración que era más difícil para un tribunal federal aplicar la ley de California que la española, a pesar de lo cual España seguía teniendo un interés mayor en aplicar su propia ley.

37. Por otro lado, la cautelar aplicación de las normas de California de conflicto de leyes por el Tribunal de Distrito en 2015 – las tres fases del “*Governmental interest approach*” – fue muy similar a la del Tribunal de Apelaciones en 2024. El Tribunal de Distrito recalcó más, si cabe, los intereses de España en aplicar su propia ley, como el hecho de que el Museo era un organismo estatal (*instrumentality*) que había recibido fondos estatales para adquirir la colección Thyssen y que el cuadro había estado en España durante veinte años. Además, aunque el *Code of Civil Procedure* de California, en su párrafo §338, establecía un plazo procesal de prescripción de la acción reivindicatoria de seis años, el mismo código permitía utilizar el plazo de prescripción de la ley extranjera en algunos casos (párrafo §361). Además, el Tribunal de Distrito consideró relevante que California no había establecido, pero tampoco había prohibido, adquirir bienes mediante usucapión, conforme a una ley extranjera. Por tanto, el interés de California en aplicar su propia ley era menor, puesto que aplicar la ley española no conducía a resultados que alteraran esencialmente los intereses de política legislativa de California.

²³ *Harris v. Polskie Linie Lotnicze*, 820 F.2d 1000, 1003 (9th Cir. 1987).

²⁴ *Supra*, nota 13.

38. Finalmente, y aparentemente para excluir que un posible *renvoi* llevara a la aplicación de una ley distinta, el Tribunal de Distrito en 2015 mencionó que las normas de conflicto españolas también conducían a la aplicación de la ley sustantiva española.

39. A pesar de que tanto el Tribunal de Distrito como el Tribunal de Apelaciones se habían decantado en alguna medida por las normas de conflicto federales, en 2022 el Tribunal Supremo de los Estados Unidos concluyó que en procedimientos judiciales derivados de la *FSIA*, las normas de conflicto de leyes aplicables son las del estado del foro; es decir, las normas de California, puesto que el tribunal competente era un tribunal federal de distrito con sede en California. El Tribunal Supremo entendió que la citada sentencia del caso *Schoenberg* estaba muy poco razonada. Asimismo, adujo que todos los tribunales federales de apelaciones del país – excepto los del noveno circuito – aplicaban normas de conflicto del estado del foro.²⁵ Además, la *FSIA* era únicamente una norma sobre inmunidad soberana y sobre competencia judicial internacional y no una norma sustantiva.

40. Sin embargo, el argumento principal del Tribunal Supremo fue que la *Section 1606* de la *FSIA*, y la jurisprudencia que la aplicaba, ya establecían que cuando el estado extranjero no gozara de inmunidad, su responsabilidad sería la misma que la de cualquier individuo o persona jurídica.²⁶ El Tribunal Supremo entendió que esto implicaba que el estado extranjero debía ser juzgado conforme a las mismas leyes que se aplicarían en un procedimiento civil entre partes privadas y que, por ello, las normas de conflicto de leyes también debían ser las mismas que las que se aplicarían en un procedimiento entre partes privadas.

41. En el caso *Cassirer*, si demandante y demandado hubieran sido partes privadas, los tribunales federales no habrían dudado en aplicar las normas de conflicto de California porque, como se ha dicho, cuando una de las partes, en un procedimiento ante los tribunales federales, es extranjera o de otro estado – *diversity jurisdiction* –, el tribunal federal aplica las normas de conflicto del estado del foro.²⁷ Además, este era un caso relativo a derechos reales, sin implicaciones de derecho federal, lo que también impedía que los tribunales federales crearan, mediante su propia jurisprudencia, sus propias normas de conflicto federales.

42. Finalmente, en 2022 el Tribunal Supremo afirmó que la experiencia de otros tribunales federales aplicando la *FSIA* demostraba que aplicar las normas de conflicto del estado del foro no incrementaba el riesgo de incidentes diplomáticos con los estados demandados.

43. La decisión del Tribunal Supremo de 2022 puede tener importantes repercusiones en futuros litigios para la recuperación de obras de arte expropiadas por los Nazis.²⁸ Por ejemplo, aplicar las normas de conflicto del estado del foro puede llevar a una indeseable falta de uniformidad a la hora de establecer la responsabilidad de estados extranjeros demandados, en un tipo de litigios muy sensibles y con obvias connotaciones diplomáticas y políticas.²⁹

44. Por otro lado, parte de la doctrina entiende que las normas federales de conflicto se deberían aplicar solo a aquellos casos basados en la *FSIA* que tuvieran un claro componente federal. Uno de estos casos serían las demandas conforme a la *Section 1605A* de la *FSIA*: demandas contra estados acusados

²⁵ *Barkanic v. General Admin. of Civ. Aviation of People's Republic of China*, 923 F. 2d 957, 959–960 (CA2 1991); *Oveissi v Islamic Republic of Iran*, 573 F.3d 835, 841 (D.C. Cir. 2009); *O'Bryan v. Holy See*, 556 F.3d 361, 381 (6th Cir. 2009); *Northrop Grumman Ship Systems, Inc. v. Ministry of Defense of Republic of Venezuela*, 575 F.3d 491, 498(5th Cir. 2009); *DRFP, LLC v. Republica Bolivariana de Venezuela*, 945 F. Supp. 2d 890, 908 (S.D. Ohio 2013).

²⁶ *First Nat. City Bank v. Banco Para el Comercio Exterior de Cuba*, 462 U. S. at 622.

²⁷ *Klaxon Co. v. Stentor Elec. Mfg. Co.*, 313 U. S. 487, 496 (1941).

²⁸ J. VASTANO, “Choice of Law and Nazi-Looted Art Restitution: *Cassirer v. Thyssen-Bornemisza Collection Foundation*”, *American Journal of Trade and Policy*, 2022, Vol. 9, issue 2, p. 57.

²⁹ D.E. SEIDELSON, “The Foreign Sovereign Immunities Act: Whose Conflicts Law? Whose Local Law? *Barkanic v. General Administration of Civil Aviation of the People's Republic of China*”, *Brooklyn Law Review*, Vol. 58, Issue 2, 1992; ALYSSA PULLARA, “*Cassirer v. Thyssen-Bornemisza Collection Foundation 951*, (9th Cir. 2017)”, *De Paul Journal of Art, Technology & Intellectual Property Law*, Vol. 28, Issue 2, Spring 2018, pp. 178-179.

de colaborar con terroristas, para no favorecer más a unas víctimas que a otras, dependiendo de donde residan dentro de los Estados Unidos.

45. En el caso *Cassirer* se aplicó la *Section* 1605(a)(3) de la *FSIA*, que permite demandas contra estados extranjeros, relativas a bienes expropiados en violación del Derecho internacional. Aplicar las normas estatales de conflicto de leyes en estos casos puede llevar a la aplicación de la *lex loci delicti* – ley del estado expropiador – con la posibilidad evidente de que los derechos del demandante desposeído se vean desprotegidos. En cambio, aplicar la *Section* 6 del *Restatement (Second)* – norma de conflicto “federal” – podría evitar dicho indeseable resultado, porque dicha norma pide considerar las “necesidades de los sistemas interestatal e internacional”. Por el contrario, en las demandas de responsabilidad civil contra estados extranjeros por daños ocurridos dentro de Estados Unidos – *Section* 1605(a)(5) de la *FSIA* – no surgirían este tipo de problemas y sería más oportuno aplicar las normas de conflicto del estado del foro.³⁰

III. Posible aplicación de la ley de terceros estados

46. En 2017 el Tribunal de Apelaciones concluyó que aunque se aplicara la ley inglesa – ley aplicable al contrato de compraventa de 1993 –, ésta indicaría la aplicación de la ley española a la transmisión de la propiedad sobre la colección de arte.

47. También en 2017, el Tribunal de Apelaciones examinó la posibilidad de que el Museo hubiera adquirido la propiedad del cuadro conforme a la ley española, pero en el momento de la compraventa y no por usucapión. Para esto habría sido necesario que el Museo hubiera adquirido el cuadro de manos del Barón Thyssen y que este hubiera tenido un título de propiedad válido. El Barón adquirió el cuadro de la Hahn Gallery de Nueva York en 1976 pero, conforme a la ley de Nueva York, un ladrón no puede transmitir un justo título.

48. El Barón también podría haber adquirido la propiedad conforme a las normas suizas de prescripción adquisitiva puesto que, antes de llegar a España, la colección estaba en Lugano. Sin embargo, la ley suiza exigía la posesión de buena fe durante un plazo de cinco años. La ley suiza presume la buena fe pero tal presunción decaía si el poseedor no ejercitaba la diligencia exigida por las circunstancias en la averiguación del origen del bien. En 2017 el Tribunal de Apelaciones consideró que el examen de dicha diligencia debía realizarse ante el Tribunal de Distrito que, en 2019, dictaminó que había suficientes indicios para que el Barón hubiera investigado más profundamente en 1976 y por tanto no había buena fe.

49. Por tanto, a España solo le quedaba abierta la opción de la adquisición de la propiedad del cuadro mediante la posesión de buena fe durante tres años, tras la adquisición de 1993, dado que sí se consideró probado que en ese momento el Museo no había tenido ninguna sospecha razonable de que el cuadro fuera robado.

IV. Conclusiones y predicciones

50. A pesar de la duración y complejidad de este litigio, da la impresión de que los tribunales norteamericanos, desde el principio, han estado llegando a la misma conclusión a la que llegaría un tribunal europeo que aplicara, sencillamente, la *lex rei sitae*. El “*interest analysis*” y el “*comparative impairment approach*” parecen reducir el derecho internacional privado a un derecho de la extraterritorialidad, donde la aplicación de las normas de conflicto viene reemplazada por un análisis del ámbito

³⁰ H. SKLAR, “Choice of Law Under the Foreign Sovereign Immunities Act: *Cassirer v. Thyssen Bornemisza Collection Foundation* and the Unresolved Disagreement Among the Circuits”, *Georgetown Journal of International Law*, Vol. 47, 2016, pp. 1214-1217.

de aplicación del derecho sustantivo. No obstante, es cierto que la ponderación de todos los factores e intereses en conflicto, en algunas ocasiones, puede permitir mitigar la rigidez de la *lex rei sitae*.³¹

51. Los demandantes ya han anunciado que seguirán recurriendo, lo que en este caso significa solicitar una decisión *en banc* del Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito;³² es decir, una nueva sentencia de 11 jueces o de todos los 29 jueces de los tribunales de apelaciones de ese circuito. Naturalmente, el tribunal se puede negar a examinar de nuevo este caso. También es teóricamente posible un nuevo recurso de *certiorari* ante el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, aunque de las más de nueve mil peticiones que el tribunal recibe cada año solo examina un uno por ciento. No obstante, el lenguaje empleado en la sentencia de 2022 era tan emotivo y tan favorable a la posición de los demandantes que todavía podría haber sorpresas.

52. El ir y venir del litigio entre los tribunales de distrito, de apelaciones y tribunal supremo también da la impresión de que este caso es una patata caliente que muchos jueces quieren quitarse de encima. A esta idea contribuye el hecho de que la ley *HEAR*, que imponía un plazo procesal de prescripción de la acción de seis años, fuera cual fuera el derecho aplicable, se aprobó por el poder legislativo de California en 2016, justo antes de la sentencia de 2017, lo que hace sospechar que el legislador quería ayudar a los demandantes.³³ Además, incluso cuando en 2023 el Tribunal de Apelaciones ya sabía que tenía que aplicar la norma de conflicto de California, le pidió al Tribunal Supremo de California que le enseñara cómo hacerlo. También hay que tener en cuenta que, en varias ocasiones, los jueces de este caso han emitido en sus sentencias emotivas opiniones personales o votos particulares en el sentido de que incluso si el derecho le daba la razón al Museo, este tenía la obligación moral de devolver el cuadro. La opinión pública de Estados Unidos también parece indignada con la decisión del Tribunal de Apelaciones.³⁴

53. Por eso, no está de más preguntarse qué puede ocurrir si al final hay una sentencia definitiva que condene al Museo a devolver el cuadro. En tal caso habrá que examinar si tal sentencia es reconocible y ejecutable en España. Como escriben los profesores Calvo Caravaca y Carrascosas González, el control de la competencia judicial y la contrariedad al orden público son los dos posibles argumentos con los que denegar el reconocimiento a la sentencia.³⁵ Efectivamente, asumir la competencia judicial con base en la *FSIA* solamente, en un caso como este, puede parecer excesivo. Por otro lado, dichos profesores afirman que si se llegara a aplicar la ley de California, con su regla totalmente contraria a la prescripción adquisitiva de objetos robados, la sentencia resultante sería contraria al orden público español y casi de cualquier país europeo. Sin embargo, la mera diferencia entre el derecho aplicable y el español no implica contrariedad al orden público español. Además, la ley española no es tan distinta en sus objetivos, respecto a la ley californiana. La ley española protege a los adquirentes de buena fe con un plazo de usucapión de tres años con buena fe y la ley de California protege a los adquirentes de cualquier tipo imponiendo a los propietarios de obras de arte desposeídos un plazo procesal de seis años para interponer una acción reivindicatoria, desde que se descubre el paradero de la obra de arte.

No obstante también es posible que, para los demandantes y para la comunidad judía de Estados Unidos, una hipotética victoria en este caso sea suficiente como victoria meramente moral y como una pieza más en el rompecabezas de la jurisprudencia norteamericana, que ayude a futuros y similares litigios, con más oportunidades reales de que las obras de arte puedan ser efectivamente recuperadas.

³¹ HARTLEY, pp. 555, 701,702.

³² A. MARCOS, La batalla por el ‘Pissarro’ expoliado por los nazis continúa: la familia que lo reclama recurrirá la sentencia favorable al Thyssen, *El País*, 10 de enero de 2024 (<https://elpais.com/cultura/2024-01-10/la-batalla-por-el-pissarro-expoliado-por-los-nazis-continua-la-familia-que-lo-reclama-recurrira-la-sentencia-favorable-al-thyssen.html>).

³³ *Supra* nota 13.

³⁴ The LATimes Editorial Board, It’s outrageous that a Spanish museum refuses to return Nazi-looted art to the rightful heirs (<https://www.latimes.com/opinion/story/2024-01-13/editorial-outrageous-nazi-stolen-painting-spanish-museum>).

³⁵ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Breves reflexiones sobre las obras de arte robadas por los Nazis, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2023), Vol. 15 No 2, pp. 241-246.

RECENSIONES

J.M. BENEYTO y C. JIMÉNEZ PIERNAS (Dir.). *Concepto y fuentes del Derecho internacional*. Tirant, Valencia, 2022, 687 pp.
ISBN 978-84-1113-061-5

J.M. BENEYTO y C. JIMÉNEZ PIERNAS (Dir.) y S. GALIMBERTI DÍAZ-FAES (Coord.). *Derecho de los tratados*. Tirant, Valencia, 2023, 675 pp.
ISBN 978-84-1197-542-1

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA
Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid.
ORCID ID: 0000-0003-2236-4641

DOI: 10.20318/CDT.2024.8460

1. Los directores del Tratado que paso a re-
censionar han tenido la amabilidad de remitirme
ejemplares del tomo 1, publicado en 2022, y del
tomo 2, publicado en 2023, con el ruego de que
fueran objeto de una pronta recensión. Esta revista
no dio noticia en su momento de la publicación del
primer tomo del Tratado. Nunca he ocultado mi in-
terés por el Derecho Internacional Público (DIP) y
en particular por el Derecho de los Tratados, clave
de bóveda del Derecho Internacional, sea Público
o Privado. Por ello, agradecido por la donación y
animado por mi curiosidad especialmente por los
contenidos del tomo 2, me atrevo a firmar la pre-
sente recensión honrando (vista su extensión y de-
dicación) mi vieja afición por el DIP.

2. Se trata de los dos primeros tomos de un
ambicioso proyecto editorial emprendido por los
profesores J.M. BENEYTO y C. JIMÉNEZ PIERNAS.
Esta “aventura” (como los directores la denomi-
nan en la solapa interior del tomo 1) supone nada
menos que elaborar un Tratado en lengua española
que, desde la perspectiva de la doctrina española y
latinoamericana, estudie de manera sistemática y
completa las principales instituciones y categorías
del DIP. En un momento en el que la influencia de
la doctrina anglosajona (impulsada por el predom-
inio del inglés como lengua vehicular de trabajo
en las organizaciones internacionales y en el litigio
ante la mayor parte de los tribunales internacio-
nales) resulta casi hegemónica, se agradece que

este proyecto editorial en lengua española ponga
su foco de atención en la práctica española y de
los Estados de América Latina. El profesor M. AZ-
NAR GÓMEZ, que también se felicita de esta apuesta
por la doctrina iberoamericana y el español en su
reseña al tomo 1, explica con mucha más preci-
sión lo oportuna que resulta esta elección (*Spanish
Yearbook of International Law*, vol. 26, 2022, pp.
331-332). Porque el predominio del inglés puede
conllevar (aunque no debería) a una mayor aten-
ción por parte de los operadores jurídicos a las
instituciones del *common law* (en detrimento del
Derecho continental) y, en fin, erosionar de algu-
na forma la naturaleza “internacional” del DIP. No
creemos que el interés creciente que ha despertado
en los grandes despachos de abogados anglosajo-
nes la colaboración con ciertas asociaciones aca-
démicas de Derecho Internacional (en América y
Europa) tenga un componente de candidez, sino
que más bien es un síntoma de este proceso. Por
otra parte, es importante destacar que se trata de
un proyecto abierto a la participación de la comu-
nidad científica latinoamericana. Esa parece otra
de las principales señas de identidad que los direc-
tores anticipan en el prólogo al calificarlo como un
“proyecto editorial abierto, inclusivo, no sectario,
fundado en criterios objetivos [capaz] de superar
el escrutinio más riguroso sobre estatus y género
(sin olvidar, en el caso específico de España, los
territorios) de su elenco de autores” (pp. 17-18).
Albergamos, por tanto, la esperanza de que la doc-

trina iberoamericana se haga cada vez más presente en las próximas entregas del Tratado.

3. Tiene mucho sentido, por cierto, la reseña conjunta de los dos primeros tomos del Tratado. En primer lugar, hay una razón de orden sustantivo. El tomo 1 se titula “Concepto y fuentes del Derecho internacional” pero en el mismo no se hace referencia al principal medio de producción normativa en el Derecho Internacional contemporáneo (los tratados internacionales), a la que se dedica íntegramente el tomo 2. Por lo tanto, parece oportuno realizar un análisis de conjunto de ambos tomos porque guardan una estrecha relación. Y, en segundo lugar, hay otra razón de orden formal. En efecto, en rigor el tomo 1 carecía (más allá de esas líneas presentadas en su solapa interior de una forma muy leve) de un prólogo donde los directores expusieran el verdadero alcance de su proyecto. Así lo advierte el profesor J. ROLDÁN BARBERO en su reseña del tomo 1 (*Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 44, 2022, p. 3). En el tomo 2 los directores sí han hecho ese ejercicio (pp. 17-19) y podemos hacernos una idea del objeto que se persigue y del método empleado para acometer tamaña empresa.

4. Ese prólogo también nos ha revelado los motivos por los que el tomo 2 se demoró en publicarse casi un año más de lo previsto. Porque, dada la estrecha relación que guardan, hubiera sido deseable (y muy lógico desde el punto de vista editorial) que la publicación de ambos hubiera sido cercana en el tiempo. La tercera acepción de la entrada “aventura” en el *Diccionario de la Real Academia Española* la define como “una empresa de resultado incierto o que presenta riesgos”. Toda aventura, en efecto, no está exenta de un componente de azar y, en este caso, la contingencia se ha manifestado a través de un precedente -al parecer inédito- en los usos y costumbres del gremio de iusinternacionalistas españoles. Lamentan los directores que uno de los autores que inicialmente se comprometió -por escrito y verbalmente- a colaborar en el tomo 2 habría comunicado repentinamente y casi dos años después de haber aceptado el encargo, que no podía asumir esa tarea. Llama poderosamente la atención que, en un momento en el que los profesores universitarios estamos sometidos a los más estrictos y severos controles de “calidad” de nuestra actividad docente, investigadora y de gestión administrativa, se

pierdan las más elementales formas de cortesía y respeto académico entre colegas, para disgusto de los directores del Tratado y de los autores que sí honraron su compromiso.

5. Pero volvamos al objeto de esta reseña. Aunque no existe una división expresa el tomo 1 titulado, “Concepto y fuentes del Derecho internacional”, se puede articular en dos partes bien diferenciadas. La primera realiza una aproximación a las nociones y categorías introductorias de la disciplina; mientras que la segunda aborda el estudio de varios medios de producción normativa (las fuentes) del DIP, a excepción hecha de los tratados internacionales (examinados en el tomo 2) y los actos de las organizaciones internacionales (que presumiblemente serán tratados en otro tomo venidero).

6. En esa primera parte, las profesoras E. BARBÉ IZUEL (“El sistema internacional: imagen y análisis de las relaciones internacionales”, pp. 103-164) y Z. DRNAS DE CLÉMENT (“El sistema internacional contemporáneo: su dimensión normativa”, pp. 165-215) presentan las dos dimensiones del sistema internacional contemporáneo. Ambos trabajos ponen de relieve las diversas tensiones a las que está sometido este sistema. Tensiones de poder entre los actores internacionales que generan contestación normativa y, en su caso, crisis en las instituciones multilaterales.

7. La noción de “tensión” está también presente en el trabajo del profesor J.M. BENEYTO (“Aproximación a la historia del Derecho internacional”, pp. 17-102), quien nos propone nada menos que un recorrido trepidante por la historia del DIP, poniendo en valor la influencia ejercida por los teólogos juristas de la Escuela de Salamanca, para acabar reflexionando sobre los procesos de expansión material (el ejemplo del Derecho internacional de los derechos humanos es paradigmático) y formal (la creación de múltiples tribunales internacionales) experimentados por el Derecho internacional contemporáneo.

8. Tomando como referencia esta reflexión, el profesor C. JIMÉNEZ PIERNAS (“Fundamento y concepto del Derecho internacional público”, pp. 217-272), que es persona de trato exquisito y pensamiento vigoroso, aborda *dos cuestiones teóricas* muy relevantes para la disciplina: la definición y el fundamento del Derecho internacional contem-

poráneo. Quizá, en el título del capítulo, su autor debería haber incluido precisamente el término -contemporáneo- para acotar más claramente el alcance de su aportación. Con relación al fundamento del Derecho internacional, se presenta una reflexión de corte voluntarista basada en la noción de *consenso*. El consenso actuaría no sólo como motor de los procesos de cambio normativo, sino como un argumento que puede explicar por qué los Estados cumplen las obligaciones internacionales. Asimismo, el autor expone la necesidad de aproximarse a esta ciencia bajo la férrea disciplina de la práctica internacional, lo que exige “un estudio global de todos [sus] medios de prueba (...) con el fin de seguir con rigor cualquier proceso normativo y establecer el resultado final”.

9. Pero esta *aproximación teórica consensualista* es sólo una más de las concepciones que podrían explicar la fundamentación del Derecho internacional, como lo demuestra el posterior trabajo del profesor Á.J. RODRIGO (“La ciencia del Derecho internacional”, pp. 341-409), en donde se exponen y sistematizan rigurosamente *otros modelos teóricos* que también pudieran servir a estos efectos. Pero, ante un escenario conceptualmente tan rico y diverso, conviene no perder nunca de vista las manifestaciones de la práctica internacional, siempre implacables, para ponderar debidamente las fortalezas y debilidades que presentan cada uno de los modelos expuestos. El trabajo del profesor Á.J. RODRIGO, además, contiene otro apartado donde se presenta una original contribución sobre la *profesionalización del Derecho internacional*. Como los dos directores de este Tratado acreditan experiencia en la práctica forense, quizá se animen a dedicar exclusivamente algún tomo del Tratado a esta materia recabando las contribuciones de colegas españoles y latinoamericanos que hayan ejercido las funciones de abogado o asesor jurídico de Estado, miembro de la Comisión de Derecho Internacional (CDI), o bien juez o árbitro de un tribunal internacional. Incluso podría merecer la pena contar, a estos efectos, con alguna que otra colaboración desde el Derecho Internacional Privado. En definitiva, merecería la pena enfrentar tanto *alarde doctrinal* al *principio de realidad* de la práctica internacional.

10. El profesor R. CASADO RAIGÓN (“Derecho dispositivo y Derecho imperativo”, pp. 272-340) se enfrenta a la tarea de exponer el conjunto de

normas internacionales de carácter imperativo, aquellas que tienen como objeto proteger los *intereses colectivos* del grupo social. Para desarrollar este ejercicio, parte del carácter relativista que todavía presenta el ordenamiento internacional contemporáneo. Este punto de partida le lleva necesariamente a reflexionar sobre la influencia del relativismo en los medios de producción normativa, en la existencia de un conjunto de obligaciones internacionales que los Estados poseen con el resto (*erga omnes*) y, por último, en aquellas obligaciones que, además, adquieren una naturaleza imperativa (*ius cogens*). Sobre este último conjunto de normas se agradece que el autor trascienda los confines del artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Convenio de Viena de 1969) y se adentre, de la mano de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) y de los trabajos de la CDI, en otras esferas como los *procesos de identificación* de las normas imperativas y las *consecuencias jurídicas* que suponen en el Derecho de los tratados y el Derecho de la responsabilidad internacional.

11. Por último, el profesor X. PONS RAFOLS (“Los principios estructurales del Derecho internacional”, pp. 411-483) presenta en su estudio sobre los principios estructurales del Derecho internacional una visión ordenada y sugerente que trasciende el enunciado de la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 24 de octubre de 1970. En efecto, el autor sistematiza los *principios estructurales* en tres categorías: a) los principios “consustanciales a la misma existencia del Derecho internacional” (igualdad soberana de los Estados, buena fe en el cumplimiento de las obligaciones internacionales y no intervención en los asuntos internos de otros Estados); b) los principios “emanados de las transformaciones recientes del Derecho internacional y de su creciente institucionalización” (prohibición del uso o la amenaza de la fuerza, arreglo pacífico de las controversias internacionales, igualdad de derechos y la libre determinación de los pueblos y la cooperación entre Estados); y c) los principios “derivados de la progresiva humanización del Derecho internacional y relacionados con otros bienes públicos mundiales” (principios básicos de humanidad, la promoción y protección de los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho y la protección del medio ambiente y el desarrollo sostenible).

12. La segunda parte del tomo 1 contiene cuatro contribuciones que se centran en el estudio de varios medios de producción normativa del Derecho internacional. Le corresponde al profesor M. BECERRA RAMÍREZ (“Las fuentes del Derecho internacional: introducción general y medios auxiliares (la jurisprudencia y la doctrina científica)”, pp. 485-550) realizar una introducción general y, además, referirse a las fuentes auxiliares del Derecho internacional. Pareciera que este capítulo, por lo tanto, tiene un doble objeto. De hecho, entendemos que incluso se podrían haber preparado dos contribuciones distintas que se ocuparan de ambos temas por separado. Con el propósito de tratar ambos temas conjuntamente, el autor incorpora reflexiones generales referidas al artículo 38 del Estatuto de la CIJ en el apartado dedicado al papel de la jurisprudencia internacional. Afirmado el alcance general de este precepto, pues se trata de un “paraguas legal que se refiere a las fuentes que deben aplicarse no sólo por los jueces de la CIJ, sino por los demás tribunales”, se analizan aspectos de interés sobre la jurisprudencia internacional como el valor de las *medidas cautelares*, el papel de las *decisiones de los tribunales internos* o el valor jurídico de las *opiniones consultivas*. Sobre este último aspecto, el autor mantiene una posición ortodoxa, afirmando que sus efectos no pueden compararse a los que generan las sentencias de los tribunales internacionales. Pero cabe advertir sobre el uso que esta figura ha adquirido en la práctica internacional. En estos momentos, por ejemplo, hay pendientes tres opiniones consultivas ante la CIJ, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar (TIDM) y la Corte IDH sobre las relaciones entre el Derecho internacional y el medio ambiente.

13. Los principios generales del Derecho internacional ocupan el siguiente capítulo del tomo 1. El profesor S. RIPOL CARULLA (“Fuentes del Derecho internacional público. Los principios generales del derecho”, pp. 551-586), que es la prueba viviente de que la profundidad de análisis jurídico no está reñida con la claridad, sistematiza estos principios más allá de la ya bien conocida clasificación entre principios generales originados en los ordenamientos internos y en el Derecho internacional. En efecto, el autor examina cómo se han invocado estos principios en la práctica ante la CIJ y otros tribunales internacionales como herramientas para definir la competencia del tribunal,

las reglas de interpretación, las atribuciones de los sujetos de Derecho internacional o la obligación de reparar. Es precisamente este análisis lo que le permite ilustrar que el *ámbito de aplicación* de estos principios puede ser *general o sectorial*, dado que algunos sólo son de aplicación en el marco de determinados sectores normativos del Derecho internacional (éste sería el caso del principio de interpretación *pro persona* en el Derecho internacional de los derechos humanos). El autor se esfuerza por identificar principios generales que tienen una *naturaleza procesal*. Es de agradecer, porque las categorías procesales del Derecho Internacional no suelen despertar -salvo excepciones- interés en la doctrina iuspublicista española.

14. Por su parte, la profesora R. HUESA VINAIXA (“La costumbre internacional”, pp. 587-645) analiza los procesos de formación y aplicación de las normas consuetudinarias. En cuanto al primer aspecto, en su contribución afirma la existencia de una “nueva costumbre” a partir de la rica práctica internacional de carácter convencional e institucional que surge en el marco de las negociaciones multilaterales y por medio de la actividad de las organizaciones internacionales de ámbito universal. Este escenario supone replantear el papel que desempeñan los *elementos material y espiritual* en el proceso de formación (creación y modificación) de las normas consuetudinarias. Por cuanto respecta a la aplicación de estas normas, la autora reflexiona sobre diversos retos que presenta el recurso a la costumbre en la práctica internacional: su identificación, su aplicación (y oponibilidad) a las partes de una controversia y los medios de prueba. A lo largo de esta contribución, además, subyace un elemento que, cada vez, cobra un papel más relevante en las relaciones internacionales, a saber la contribución de las organizaciones internacionales a la formación de las normas consuetudinarias.

15. Para finalizar el tomo 1, la profesora M.I. TORRES CAZORLA (“Los actos unilaterales”, pp. 647-687) aborda el estudio de lo que ella denomina como el “gran olvidado” del artículo 38 del Estatuto de la CIJ. Bien conocedora de los trabajos codificadores desarrollados por la CDI para estudiar los *actos unilaterales*, la autora reconoce la dificultad existente para definirlos y clasificarlos como consecuencia de su flexibilidad. Los actos unilaterales, afirma, “son como son, y los

representantes gubernamentales se sienten muy cómodos con una figura de perfiles difusos, como para querer dotar a la misma de una serie de reglas estrictas”. Por esta razón, se centra en precisar los principales rasgos que presentan los actos unilaterales, un aspecto relevante para distinguirlos de los *actos de la práctica*.

16. El tomo 2, como ya se anticipó, se dedica en exclusiva a los tratados internacionales. Parece que los directores han distribuido las temáticas, teniendo en cuenta las principales fases del procedimiento de celebración de los tratados internacionales y también las diversas circunstancias que pueden presentarse una vez que el tratado ha entrado en vigor. Desde las más generales (interpretación de sus disposiciones), hasta otras más específicas (enmienda y modificación). No obstante, como en su momento resaltaremos, otras contribuciones de este capítulo sirven para dar coherencia al tomo en el contexto del Tratado en el que se enmarca. Nos referimos a la que aborda las interacciones entre normas consuetudinarias y convencionales y a la que analiza la aplicación del Derecho de los tratados por las organizaciones internacionales.

17. La profesora E. ORIHUELA CALATAYUD (“La codificación del Derecho de los Tratados”, pp. 21-81), antigua compañera de Departamento en aquellos felices años que pasé en la Universidad de Murcia como joven Catedrático (1985-1992), abre este tomo con un capítulo sobre el proceso codificador del Derecho de los tratados. Es un recurso introductorio que resulta idóneo para despertar la curiosidad de los lectores y, al mismo tiempo, ilustrar la compleja y variada labor de codificación y desarrollo progresivo emprendida por la CDI respecto al Derecho de los tratados; porque, además de los dos Convenios de Viena (1969 y 1986), la CDI también ha examinado la sucesión de Estados en materia de tratados y ha elaborado (la autora lo denomina como una “codificación agraz” en tanto que no ha culminado en Convenios de codificación) guías de la práctica, directrices y proyectos de artículos sobre otras cuestiones vinculadas como, por ejemplo, las reservas a los tratados, la aplicación provisional, la cuestión de los acuerdos y práctica posteriores en la interpretación de los tratados, los efectos de los conflictos armados en los tratados y la cláusula de la nación más favorecida.

18. El concepto de tratado internacional es examinado por el profesor F. PASCUAL-VIVES (“El concepto de tratado internacional: la tensión entre flexibilidad y formalismo”, pp. 83-172). Esta contribución se articula a través de dos ejes complementarios. Por una parte, el autor distingue los *tres elementos* que conformarían la noción de tratado internacional (elementos de carácter subjetivo, formal y material). Por otra, al examinar cada uno de ellos pone de relieve la existencia de una tensión entre las nociones de *flexibilidad y formalismo*. A su juicio, el Convenio de Viena de 1969 plasmó un régimen jurídico de corte formalista para definir a los tratados internacionales celebrados entre Estados (posteriormente replicado por el Convenio de 1986). Sin embargo, la práctica internacional examinada en este capítulo -expuesta a través de un ingente aparato de notas al pie referidas al proceso codificador, así como a precedentes emitidos por diversos tribunales internacionales (CIJ, TIDM, TJUE y tribunales arbitrales)- presenta un formalismo con muchos matices o de diversas intensidades. El capítulo se desarrolla a partir de esta sistematización entre flexibilidad y formalismo. El autor señala que “flexibilidad y formalismo constituyen dos caras de una misma moneda y permiten al régimen jurídico codificado en Viena adaptarse progresivamente a las nuevas necesidades de la sociedad internacional contemporánea”. El estudio de la práctica internacional propuesto en este capítulo para discernir la noción de tratado internacional se complementa -para ofrecer una visión más completa- con referencias a la práctica española y, más en particular, a la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales (LTOAI). Esta aproximación sensible con el binomio Convenio de Viena de 1969-LTOAI se mantiene en otras contribuciones del tomo 2 y contribuye a dotarlo de coherencia interna.

19. La relación entre las normas consuetudinarias y las normas convencionales ha sido siempre un tema de gran interés teórico y práctico. Como planteaba en el tomo 1 la profesora HUESA VINAIXA, esta cuestión ha servido entre otras cosas para dinamizar los procesos de creación de esa “nueva costumbre”. De ahí que en el tomo 2 se dedique un capítulo para tratar esta forma de interacción normativa y sus efectos jurídicos, a cargo de la profesora ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA (“La interacción normativa entre costumbre y tratado”,

pp. 173-196). La autora sistematiza los distintos efectos (declarativo, cristizador y generador) que han sido reconocidos por el TIJ. A continuación, analiza de qué manera se ha concebido esta interacción en algunos precedentes jurisprudenciales (de la CIJ, aunque también se citan en una nota al pie varias decisiones del TJUE), advirtiendo que el resultado del fenómeno de interacción es una identidad en el contenido de las normas y una autonomía entre ellas. Esta conclusión, advierte, resulta de especial importancia en el marco de la responsabilidad internacional del Estado. Por último, la autora afirma que los fenómenos de interacción normativa relacionados con las normas consuetudinarias no son “exclusivos” a los tratados, recordando el potencial que presenta la interacción entre costumbre y resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Una razón más para que este Tratado le dedique, en el momento procesal oportuno, un tomo al fenómeno de las organizaciones internacionales.

20. La celebración de los tratados internacionales constituye el siguiente capítulo del tomo 2. En su reseña del tomo 1, la profesora A. MANGAS MARTÍN, por la que siento una enorme admiración y aprecio, mostraba su pesar por la inercia que ha tomado la “manualística” en la doctrina iusinternacionalista española con el advenimiento del proceso de Bolonia. Haciendo referencia a los numerosos manuales sobre esta disciplina que han surgido en los últimos años, afirmaba entonces que una “amplia mayoría de los publicados en los últimos diez años no merecen tal nombre de manuales y muestran la degradación de la enseñanza a la que se ha sumido a alumnos y docentes: son apuntes hechos por profesores para sus alumnos. El mundo al revés: los profesores hacen los apuntes o resúmenes a sus alumnos” (*Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 75, nº 1, 2023, p. 278). Pues bien, en su contribución a este tomo 2 (“La celebración de tratados internacionales: negociación y manifestación del consentimiento”, pp. 197-259), la profesora MANGAS MARTÍN ofrece una explicación completa y rigurosa del procedimiento de celebración de los tratados internacionales en España. Una exposición que será muy útil para cualquier operador jurídico interesado en conocer las particularidades de nuestro ordenamiento jurídico y, confiamos, que también lo sea para esos estudiantes y docentes bolonios en cuyos apuntes no se contemplan estas cuestio-

nes. La autora, aprovechando el marco normativo tan genérico que ofrece el Convenio de Viena de 1969, estudia cómo se proyecta este régimen jurídico internacional en el ordenamiento jurídico español. Para ello, examina con detalle el contenido de la reciente LTOAI y los preceptos de la Constitución española relativos al procedimiento de celebración de los tratados internacionales, teniendo muy presente el carácter descentralizado del Estado y el papel que desarrollan las Comunidades Autónomas. La autora señala algunas deficiencias del marco normativo español como, por ejemplo, algunos problemas generados en la práctica por la regulación que hace la LTOAI de dos categorías de acuerdos internacionales: los “acuerdos internacionales administrativos” y los “acuerdos internacionales no normativos”.

21. A propósito de la aplicación provisional de los tratados internacionales, el tomo 2 cuenta con la aportación del jurista y diplomático mexicano J.M. GÓMEZ-ROBLEDO (“La aplicación provisional de los tratados”, pp. 297-347), quien fue relator especial de este tema en la CDI antes de convertirse en juez de la CIJ a partir del mes de febrero de 2024. La aplicación provisional de los tratados, como explica el autor, constituye una institución que el Convenio de Viena de 1969 no definió con precisión (ni su régimen ni los efectos jurídicos) y que, además, se desarrolla con gran heterogeneidad en la práctica internacional. Incluso llega a reconocer que “se ha recurrido a la aplicación provisional mucho más frecuentemente de lo que se parece” y por distintas razones (situaciones de urgencia, flexibilidad o precaución, entre otras). Es por esto que los trabajos de la CDI en la materia, sobre los que se centra el capítulo por razones obvias, pretende ofrecer a los Estados soluciones prácticas para encontrar un equilibrio entre flexibilidad y formalismo; unos conceptos que cobran relevancia y están presentes a lo largo de varios capítulos del tomo 2.

22. La profesora C. MARTÍNEZ CAPDEVILA se ocupa de la entrada en vigor de los tratados internacionales (“La entrada en vigor de los tratados y sus efectos”, pp. 261-295) distinguiendo entre algunas consideraciones generales del régimen plasmado por el Convenio de Viena de 1969 y los efectos que genera la entrada en vigor para las partes en el tratado, así como para terceros Estados. En esta materia la autora destaca la práctica tan

heterogénea existente, pues cada tratado atiende a unos intereses distintos y las partes reglamentan la entrada en vigor de manera diferente. En cuanto a los efectos de los tratados para las partes se exponen algunas manifestaciones de la práctica española que ilustran su variedad y heterogeneidad. Estos mismos caracteres vuelven a emerger, cuando se expone el artículo 30 del Convenio de Viena de 1969; es decir, el precepto que regula la aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia. Más allá de la disposición expresada en el apartado 1 de este precepto (que establece la prevalencia de las obligaciones contraídas por los Estados en virtud de la Carta de las Naciones Unidas) y de los efectos generales que genera el *principio de relatividad*, la autora no parece muy persuadida por que haya que aplicar automáticamente el resto de apartados de este precepto sin atender a las circunstancias particulares de cada caso.

23. Las *reservas* a los tratados internacionales incorporan un elemento de flexibilidad, pero al mismo tiempo propician la creación de relaciones convencionales al establecer un marco lo suficientemente amplio para que los Estados que participan en la negociación de un tratado puedan acomodar sus intereses nacionales con los intereses perseguidos por el resto de partes en el tratado. El profesor A. PASTOR PALOMAR (“Las reservas y otras declaraciones unilaterales: la aplicación de la ley de tratados y otros acuerdos internacionales”, pp. 349-402) se encarga de exponer el régimen jurídico de las reservas y declaraciones interpretativas, teniendo en cuenta que la riqueza y variedad de la práctica puede generar incluso otras categorías (como las denominadas “declaraciones informativas”). Aunque el título del capítulo restringe su ámbito de aplicación material a la LTOAI, hay que advertir que el autor realiza un esfuerzo notable por tratar el régimen de las reservas en conjunto; es decir, teniendo en cuenta los dos Convenios de Viena (1969 y 1986), así como los posteriores trabajos de la CDI sobre reservas a los tratados que dieron lugar (después de nada menos que de 17 informes del relator especial entre 1995 y 2011) a una guía de la práctica en la materia. Además, el autor expone el procedimiento interno de formulación, retirada y modificación de una reserva, así como (teniendo en cuenta el carácter recíproco y sinalagmático que presentan estos instrumentos) todo aquello que concierne a su aceptación u objeción.

24. La dilatada experiencia en la práctica forense del profesor A. PASTOR PALOMAR también se aprovecha en el tomo 2 para abordar los procesos de cambio de las obligaciones internacionales (“La enmienda y modificación de los tratados internacionales. Práctica de España y de la Unión Europea”, pp. 455-507). El punto de partida es la tradicional distinción entre *enmienda y modificación* de los tratados internacionales. A partir de ese momento, el autor realiza un recorrido minucioso por la práctica española y de la UE para ilustrarnos sobre las particularidades que presentan ambas figuras. Al tiempo que se expone el procedimiento de enmienda de un tratado internacional en función de su carácter bilateral o multilateral, el autor también nos advierte sobre algunas cuestiones más concretas y específicas de la práctica como, por ejemplo, los acuerdos de corrección de errores en el texto de un tratado o las modificaciones a las declaraciones unilaterales de un tratado. Por lo que se refiere a la modificación de los tratados internacionales, el autor se sirve a discreción de la rica práctica de la UE. Merecen su atención algunas manifestaciones de esa práctica en cuestiones financieras y monetarias, así como los argumentos de defensa propuestos por España y la UE en los arbitrajes internacionales que afectan a las energías renovables. En sus conclusiones, el autor parece detectar una deriva excesivamente particularista por parte de la UE, es decir, el recurso a estas instituciones jurídicas con objeto de hacer efectivos los intereses de la UE, a veces incluso a pesar de lo establecido por los Convenios de Viena.

25. La entrada en vigor de los tratados y su uso en el tráfico jurídico internacional genera problemas de interpretación que regularon los Convenios de Viena (1969 y 1986) a través de su artículo 31. La profesora S. TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO (“La interpretación de los tratados internacionales”, pp. 403-454) examina la regla general de interpretación codificada en ambos instrumentos internacionales, así como otras reglas más específicas relacionadas con la interpretación de los tratados internacionales sobre derechos humanos que, según la autora, “no se apartan de los criterios interpretativos codificados por la Convención de Viena de 1969”. Además, la autora desgrana el contenido de la regla general de interpretación y destaca el carácter único y complejo de los diversos métodos que la integran, apoyándose en una cuidada selección de precedentes de la CIJ y del

TIDM. En el último capítulo del tomo 2, el profesor F. PASCUAL-VIVES plantea este tema desde la perspectiva de algunas organizaciones internacionales: la UE, el Consejo de Europa y la Organización de Estados Americanos (OEA). Esta contribución sirve para enriquecer con precedentes de la práctica institucional de ámbito regional europea y latinoamericana los argumentos ofrecidos por la profesora S. TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO.

26. La segunda contribución latinoamericana a este tomo viene de la mano del asesor jurídico principal del Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la OEA, L.H. TORO UTILLANO (“La rescisión de los tratados en el sistema interamericano”, pp. 509-595). Bajo ese título, el autor engloba las distintas operaciones jurídicas que quedan reguladas en la parte quinta de los Convenios de Viena (1969 y 1986), es decir, *nulidad, terminación y suspensión* de los tratados internacionales, además de las normas que tienen una aplicación transversal a todas ellas. El método empleado resulta novedoso; porque, mientras casi todas las contribuciones del tomo 2 juegan con el binomio Convenio de Viena de 1969-LTOAI, en este caso el elemento central del análisis consiste en la práctica convencional de los Estados del sistema interamericano y la jurisprudencia de la Corte IDH. Esta aproximación de alguna forma rompe con el hilo narrativo que venía desarrollándose en la obra, pero al mismo tiempo nos recuerda la vocación latinoamericana del proyecto y, a modo de anticipo de lo que puede ser este Tratado, nos ofrece algunas manifestaciones del *particularismo* existente en el sistema interamericano, por ejemplo, a la hora de concebir las normas de Derecho imperativo.

27. Sobre la última contribución al tomo 2 ya hemos hecho anteriormente alguna mención (párrafo 24 de esta reseña), porque entendemos que sirve para complementar otros capítulos. Como iusprivatista, agradezco especialmente esta aportación por su evidente utilidad para la práctica forense. El profesor F. PASCUAL-VIVES (“Las organizaciones internacionales y el derecho de los tratados: la tensión entre particularismo y fertilización cruzada”, pp. 597-675) examina ahora las relaciones entre las organizaciones internacionales y el Derecho de los tratados. Se trata de una empresa que el propio autor acota en la introducción del capítulo desde una “doble perspectiva”, es de-

cir, con arreglo a criterios que podríamos clasificar de *naturaleza subjetiva* (solo se analiza la práctica de tres organizaciones internacionales: el Consejo de Europa, la UE y la OEA) y *material* (se da preferencia al estudio de la práctica jurisdiccional). El objeto y el título del capítulo, por lo tanto, entran en cierta contradicción. La práctica escogida sirve para ilustrar la existencia de una tensión entre el *particularismo* con el que cada organización internacional integra el Derecho de los tratados en su funcionamiento cotidiano y los supuestos de *fertilización cruzada* entre las distintas organizaciones internacionales estudiadas. Para desarrollar el capítulo, el autor concibe, a partir del *principio de buena fe*, tres partes que tienen que ver con la primacía del Derecho internacional, la aplicación e interpretación de los tratados internacionales en sede institucional, y la interacción entre los principios de buena fe y relatividad de los tratados internacionales. En todas ellas el autor identifica algunas “pulsiones particularistas” como, por ejemplo: a) las que tienen que ver con las relaciones entre el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas y los derechos fundamentales reconocidos en el sistema europeo; b) el principio de primacía del DI público y la doctrina del control de convencionalidad en el sistema interamericano; y c) los métodos de interpretación aplicados sobre ciertos tratados internacionales que ponen más énfasis en su objeto y fin o en un criterio evolutivo.

28. Para finalizar esta reseña, deseo felicitar a los dos directores por la iniciativa emprendida, así como a todos los autores que generosamente han contribuido en ambos tomos. Se trata, según advierten los directores en el prólogo del tomo 2, de un “proyecto de largo alcance” (p. 19), por lo que esperamos impacientes nuevos tomos que aborden otros problemas, retos y desafíos del DIP contemporáneo. En este sentido, *dos sugerencias* más. Sería muy pertinente que más colegas latinoamericanos pudieran sumarse a la iniciativa para ofrecer su visión de la disciplina. De la misma forma, considerando los cambios cualitativos y cuantitativos experimentados por el Derecho Internacional contemporáneo, quizá sea oportuno dar más relevancia a las organizaciones internacionales. El tomo 2, creemos, ya pone de relieve esa necesidad. Confiamos en que pronto vean la luz nuevos tomos de este Tratado y que, si así lo desean los directores, tengamos la ocasión de reseñarlos en esta revista.

M.A. CEBRIÁN SALVAT. *La notificación internacional en materia civil y mercantil en la Unión Europea*. Granada, Editorial Comares, 2018.
ISBN: 9788490456439

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA
Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid.
ORCID ID: 0000-0003-2236-4641

DOI: 10.20318/CDT.2024.8461

1. En el ámbito del Derecho Internacional Privado, la monografía *La notificación internacional en materia civil y mercantil en la Unión Europea*, debida a la profesora MARÍA ASUNCIÓN CEBRIÁN SALVAT, constituye un referente indispensable que aborda con rigor y profundidad la compleja temática de la notificación de documentos en los casos internacionales. Publicada por la editorial Comares, la obra contiene los elementos precisos para alcanzar una cabal comprensión de los *principios estructurales* de esta rama del Derecho internacional privado, a menudo subestimada: la asistencia judicial internacional y, más específicamente, la práctica de la notificación internacional.

2. La autora, profesora contratada doctora de Derecho Internacional Privado en la Universidad de Murcia, cuenta ya con un prestigioso historial académico, respaldado por la obtención de un importante premio nacional a su investigación (el *II Premio Mariano Aguilar Navarro a la mejor tesis doctoral de Derecho internacional privado*). Esta obra no sólo mantiene el alto nivel de sus trabajos previos, sino que consigue situarse como un referente ineludible en el sector, pues proporciona una visión integral muy correctamente estructurada de la cooperación judicial en materia civil y mercantil dentro de la Unión Europea.

3. La *estructura* de la monografía es clara y aparece bien ponderada en seis capítulos. El primero de ellos ofrece un análisis profundo de la cooperación judicial en materia civil y mercantil en la Unión Europea. Se sientan así las bases para entender la importancia constitucional y el con-

texto normativo de la notificación internacional. Los capítulos siguientes tratan los aspectos generales del Reglamento de notificaciones, los canales de notificación, las normas de aplicación, y la relación entre la notificación en casos internacionales y la tutela judicial efectiva. El sexto y último capítulo, dedicado a las consideraciones finales, responde de forma afirmativa a una *pregunta crucial*: ¿es necesario, conveniente y útil un sistema uniforme de notificación en la Unión europea en relación con la litigación civil y mercantil?

4. Resulta destacable de esta obra su sobresaliente capacidad para anticiparse a las necesidades del ámbito jurídico en la litigación internacional. Como pórtico que precede la entrada en el núcleo fundamental de esta monografía, la autora aborda de manera exhaustiva el cuadro legislativo existente en el momento de publicación de la normativa que regula la notificación internacional. Tras ello, la obra despliega una serie de propuestas de mejora que, sorprendentemente, han sido adoptadas por el legislador europeo en la nueva regulación de la materia. Este aspecto pone de relieve la eficiencia de las propuestas de la autora en el modo de integrar las lagunas normativas de la regulación europea de la notificación internacional. Todo ello contribuye de modo activo, qué duda cabe, al desarrollo y perfeccionamiento del marco legal del Derecho internacional privado en el ámbito concreto del Derecho procesal civil internacional.

5. Las leyes cambian. Los textos normativos se modifican. Bastan tres palabras del legislador, -decía el célebre JULIUS HERMANN VON KIRCH-

MANN-, para que bibliotecas enteras se conviertan en basura, queden en papel mojado. Sin embargo, hay que ser crítico con el insigne jurista de Merserburg. La actualidad y relevancia del contenido de esta obra persisten en el tiempo. A pesar de los cambios legislativos, los principios fundamentales que vertebran esta monografía permanecen erigidos como los arcos que sostienen la bóveda de todo el entramado legal de la notificación internacional en la Unión Europea. Su enfoque basado en los *derechos de defensa* en un contexto transfronterizo, en la buena administración de la Justicia en la Unión Europea, en la eficiencia de la notificación entre los Estados miembros, resiste victorioso toda reforma legal. En esta perspectiva, el presente estudio proporciona un análisis enriquecedor siempre útil tanto en el ámbito académico como para los operadores jurídicos encargados de aplicar la normativa europea en la práctica diaria.

6. Resulta oportuno, necesario, conveniente e incluso urgente solicitar a la autora que considere escribir una nueva edición de esta obra, ya enfocada en la nueva regulación de la notificación europea. Dada su capacidad para identificar aspectos de mejora y su contribución a la evolución del marco normativo, una nueva edición de esta obra que explore y evalúe la eficacia de los cambios legislativos recientes sería de gran valor para la comunidad jurídica. La autora podría así proporcionar una guía esencial para comprender y aplicar las nuevas disposiciones y ello beneficia-

ría los análisis de la doctrina y la práctica de los profesionales del Derecho internacional privado.

7. En conclusión, *La notificación internacional en materia civil y mercantil en la Unión Europea* constituye una obra destacada que ha resistido el paso del tiempo y que ha mantenido su relevancia en un ámbito jurídico extraordinariamente dinámico. Su autora ha demostrado dominio, pericia y autoridad académica al anticipar cambios normativos y ha puesto al servicio de la comunidad jurídica una contribución de alto valor para el entendimiento y la aplicación práctica de los reglamentos europeos que disciplinan la notificación de documentos en materia civil y mercantil en la Unión Europea. A través de la lectura, es curioso, el lector contempla una imagen. Es un pictograma. Esa imagen cristaliza las ideas que se desprenden de la lectura. El lector no ve esa imagen con sus pupilas, sino con su mente. Pues bien, la imagen de esta obra es un edificio de paredes robustas y columnas estilizadas formadas por los valores europeos de Justicia, todos ellos basados en el *derecho a un proceso justo también en casos transfronterizos*. Con un lenguaje ágil y flexible, con un uso equilibrado de doctrina y jurisprudencia y con esos valores europeos de Justicia, la presente monografía constituye un muy sugerente ejercicio intelectual, altamente recomendable, para todos los interesados y apasionados del Derecho internacional privado en general y del Derecho procesal civil internacional en particular.

I. DEL GUAYO CASTIELLA. *Régimen jurídico de los gasoductos e hidrodutos internacionales en la Unión Europea y en España*. Madrid, Marcial Pons, 2023. ISBN: 978-84-1381-661-6.

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA
Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid.
ORCID ID: 0000-0003-2236-4641

DOI: 10.20318/CDT.2024.8462

1. La creación de un Mercado interior de la energía exige, ineludiblemente, la existencia de interconexiones entre los Estados miembros, como requisito esencial. Esto es tan importante que las *redes transeuropeas de energía* se llevaron al propio Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, donde permanecen (hay un Título específico sobre el particular). Tradicionalmente, las redes transeuropeas de energía eran de *electricidad* y de *gas natural*, pero si la Unión quiere verdaderamente crear un mercado único de *hidrógeno renovable* tendrá que crear también *redes transnacionales*. Estos son los temas del libro aquí reseñado, el cual, en cierto modo, es un libro que presta atención al Derecho de la transición energética: tras consagrar la primera parte a los *gasoductos* (de gas natural) entre Estados miembros, por un parte, y entre Estados miembros y terceros países, por otra parte, la segunda vuelve la vista a esa futura red de *hidrodutos*, aún inexistentes, pero próximos a estar regulados y próximos a existir.

2. El nuevo libro del profesor I. GUAYO consta de cinco capítulos y de un epílogo. El primero subraya la importancia del gas natural, del hidrógeno y de las interconexiones transfronterizas en la Unión Europea. El segundo analiza el régimen jurídico de las redes transeuropeas de energía. El núcleo del estudio está constituido por los capítulos 3, 4 y 5. En ellos se analizan, respectivamente, los siguiente tres temas: el régimen jurídico de las *interconexiones gasistas* en la Unión Europea, el régimen jurídico de los *gasoductos con terceros países* y el régimen jurídico de los *interconectores*

de hidrógeno, con especial referencia a H₂Med. En el epílogo se habla de algunas historias de éxito del sector energético español contemporáneo y sus razones.

3. El libro analiza con profundidad las cada vez más detalladas y precisas reglas de la Unión Europea sobre el acceso a las redes de transporte de gas, que incluye las redes transfronterizas. Se trata de una materia donde se dan cita el Derecho de la competencia y la regulación, pues esas normas son, de alguna manera, el sustitutivo del Derecho general de la competencia en su aplicación a bienes escasos, como escasa es la capacidad de interconexión entre los Estados miembros. Entre los aspectos principales que abordan esas normas se encuentran los mecanismos de asignación de capacidad, así como la gestión de la congestión, que implica la gestión de la renuncia a la capacidad contratada, como instrumento de dinamización y liquidez de los mercados gasistas. Se trata de una rama del ordenamiento jurídico de la Unión Europea que está en constante evolución, porque la regulación debe ser *responsiva*. En este punto, la regulación de Derecho positivo oscila entre el *pacta sunt servanda* y el *rebus sic stantibus*, en la medida en que hay que liberar capacidad contratada, pero ociosa (no utilizada) y hay que promover el comercio transfronterizo. Algo relevantes, desde el punto de vista del *sistema de fuentes*, es que esas normas se contienen en *instrumentos novedosos*, como las *directrices* o los *códigos de red*. Las normas sobre el hidrógeno, que la Unión Europea está preparando, van a apoyarse en las normas existentes sobre gas natural, pero con des-

tacables peculiaridades, sobre todo a partir del 1 de enero de 2031.

4. La regulación debe ser *responsiva*, pero, al mismo tiempo, debe proporcionar seguridad jurídica a los agentes. Debe adaptarse a las necesidades cambiantes del mercado, pero sin vulnerar los derechos de los sujetos intervinientes en la industria de los gases canalizados. En estos momentos en que está a punto de aprobarse la nueva normativa sobre el gas natural y sobre el hidrógeno renovable o hipo-carbónico -una nueva Directiva y un nuevo Reglamento, que sustituyan a los de 2009-, el Derecho de la Unión debe poder proporcionar a la futura nueva industria del hidrógeno un marco estable y seguro, que proporcione seguridad. Para eso, deberá mantener y perfeccionar aquellas normas que han demostrado su validez, desde esa perspectiva de la estabilidad, al sector del gas natural canalizado desde 1996. Los cambios normativos deben prever unas razonables previsiones sobre Derecho transitorio, para conjurar la inseguridad y falta de estabilidad.

5. El profesor del I. DEL GUAYO subraya que España está en condiciones de convertirse en el primer *hub* de Europa de hidrógeno verde y en protagonizar una nueva historia de éxito en el sector energético. Las empresas españolas están dando muestras de un gran liderazgo en la creación

de la infraestructura de transporte necesaria, que posibilite la exportación de hidrógeno verde a la Unión Europea. El Gobierno debe dirigir y planificar, impulsando esas iniciativas, coordinándolas y evitando que se neutralicen entre sí. El Derecho relativo a la industria del hidrógeno, además de dar seguridad a los inversores, debe permitir que triunfe la mejor tecnología, desde el punto de vista de la sostenibilidad medioambiental, de la eficiencia económica y de la seguridad del suministro. Las declaraciones políticas gubernamentales no son suficientes. Como destaca el profesor I. DEL GUAYO en el epílogo, es necesario crear un marco regulatorio adecuado, que contenga un esquema seguro y fiable de apoyo público -financiero y de otra naturaleza-, más facilitador de la inversión. En la actualidad, la industria del hidrógeno oscila entre *dos modelos*: uno de hidrógeno verde para exportar y otro modelo de hidrógeno verde para consumo *in situ*. Es responsabilidad del regulador permitir que ambas opciones compitan en el mercado.

6. Estamos, pues, en presencia de una monografía modélica, fruto del trabajo y la pericia de un jurista ejemplar, que analiza en profundidad un tema de candente actualidad, jurídicamente arriesgado y económicamente insoslayable. Este libro es un *must have* que no debe faltar en ninguna biblioteca jurídica bien pertrechada.

I. LORENTE MARTINEZ. *Daños punitivos y Derecho internacional privado*. Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2021. ISBN: 9788413454870.

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA
Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid.
ORCID ID: 0000-0003-2236-4641

DOI: 10.20318/CDT.2024.8463

1. El libro *Daños punitivos y Derecho Internacional Privado* de la profesora de Derecho internacional privado de la Universidad de Murcia, ISABEL LORENTE MARTÍNEZ, publicado en la editorial Thomson Reuters Aranzadi en 2021, constituye una obra desafiante. Hace ya muchos años, concretamente el 22 de julio de 1999, en el diario *El PAÍS*, apareció un inquietante texto bajo el título “La importación de frigoríficos jurídicos”, firmado por un gran jusprivatista, el profesor D. FERNANDO PANTALEÓN. Advertía este insigne civilista que era innecesario e, incluso, podría ser dañoso para el sistema legal español, introducir en el mismo instituciones jurídicas propias del *Common Law* como las *class actions* o los *punitive damages*. No parece sensato “privatizar el Derecho penal y minimizar la policía administrativa”, escribía el autor citado. Ahora ve la luz el texto de la profesora ISABEL LORENTE MARTÍNEZ y los juristas bien formados saben que, se quiera o no, es el momento de aceptar que estos *frigoríficos jurídicos* pueden llegar a los estrados de los tribunales españoles debido a la Globalización de la actividad económica actual.

2. Esta obra destaca por su enfoque innovador en el estudio de los daños punitivos en el ámbito del Derecho internacional privado. La autora guía al lector a través de un análisis profundo a nivel legal y jurisprudencial de la disciplina legal de los daños punitivos. Explora, con la valentía propia de la juventud y a través del método comparado, la estructura, función, objetivos y resultados de los daños punitivos en la litigación internacional.

3. Durante varias décadas, se ha afirmado que el ámbito de la responsabilidad civil es uno de los más destacados en el ámbito del Derecho. En 1991, ANDRÉ TUNC expresó con claridad que el daño a la persona es el aspecto más significativo de la responsabilidad civil tradicional en los tiempos contemporáneos (*Le visage actuel de la responsabilité civile dans une perspective de droit comparé. Developpements récents du droit de la responsabilité civile*, Zurich, 1991, pp. 21-40). Es en este campo donde puede apreciarse que, debido a la mundialización de los mercados, los daños punitivos penetran en el Derecho europeo y los jueces españoles se ven llamados a decidir si disponen de competencia para resolver casos en los que son aplicables Leyes extranjeras que admiten estos daños punitivos y también si deben, pueden o están obligados a aplicar tales leyes. Leyes extrañas, se dice, a la estructura de la responsabilidad civil tal y como se regula en Derecho español.

4. La autora lleva a cabo un análisis preliminar de los daños punitivos focalizado principalmente en el Derecho estadounidense, que se extiende después, con gran interés, al Derecho de otros países de la órbita del *Common Law*. La obra muestra de manera exhaustiva en los seis capítulos que la componen cómo fluyen los daños punitivos en el mundo del Derecho internacional privado. La estructura de la obra es clara y lógica. Arranca de un estudio del concepto de los mismos y de su proyección en los casos internacionales en el primer capítulo del libro. De ahí se pasa al examen de la naturaleza civil o penal de este tipo de daños.

El segundo capítulo de esta monografía ofrece una reflexión sobre el Derecho material español de daños. Se comienza con un análisis sobre la teórica y tradicional exclusión general de la institución jurídica de los daños punitivos, para dar un giro de 180 grados y profundizar en concretos supuestos de posibles daños punitivos en Derecho civil español. Es curioso pero, en este punto, la obra descubre que, ante los ojos del jurista, ejemplos de daños punitivos ya existen en Derecho civil y mercantil español. Este dato permite que el análisis de Derecho internacional privado adquiera nuevos matices: la sombra del orden público internacional, europeo y español, parece evaporarse como la lluvia en primavera y los rayos del sol que emite la norma de conflicto llegan claros y radiantes.

El tercer capítulo del libro se enfrenta con las cuestiones relativas a los daños punitivos y el Derecho internacional privado europeo. Con un profundo y sugerente análisis de los tres sectores cardinales del Derecho internacional privado, con un examen cuidado de la jurisprudencia del TJUE escanciada con ocasión de la aplicación de la Directiva europea 2006/54 y con una exposición del paisaje jurisprudencial de los Estados miembros de la Unión Europea en relación con la ejecución, en Europa, de las sentencias dictadas en terceros Estados que contienen condenas a daños punitivos, el libro gana en interés y tensión narrativa.

El cuarto capítulo de esta obra aborda el tratamiento de los daños punitivos desde el prisma del Derecho internacional privado español y, muy en especial, de la práctica de los tribunales españoles en relación con el reconocimiento y ejecución de sentencias norteamericanas que condenan al pago de daños punitivos. El relevante Auto del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2001 ha dejado una brillante estela en los cielos del Derecho internacional privado que puede y debe servir de guía luminosa a todos los tribunales españoles en esta cuestión. La conclusión que alcanza esta obra es clara: conceder el *exequatur* en España a las sentencias extranjeras que contienen condenas a daños punitivos es inevitable y conveniente. El *triple test* que el Tribunal Supremo español aporta en el Auto señalado es referenciado, analizado y detalladamente examinado en la obra como punto de referencia obligado al respecto.

El quinto capítulo lleva a cabo un estudio de Derecho comparado con atención a las legislaciones nacionales que contienen en su normativa este

tipo de daños. Finalmente, el sexto capítulo de la misma recoge las poderosas conclusiones del estudio, expresadas de forma directa, clara y concisa.

5. En suma, esta obra destaca por su enfoque integral y su capacidad para abordar de forma atractiva, didáctica y profunda, los aspectos teóricos y prácticos de los daños punitivos en Derecho internacional privado. Se trata, debe decirse, de una obra que proporciona una visión actualizada, dinámica y bien estructurada de los daños punitivos en el Derecho internacional privado europeo y español. Con tintes desafiantes y matices críticos, esta monografía constituye, qué duda cabe, una lectura esencial para académicos, profesionales del Derecho y estudiantes interesados en saber cómo se aplican las leyes extranjeras que conceden daños punitivos por parte de los tribunales europeos. Es ésta una obra valiosa que no sólo contiene información, sino que también invita a la reflexión y proporciona una base sólida para futuras cuestiones y desarrollos en este campo especializado del Derecho.

6. El autor de esta recensión acinseja leer esta obra varias veces. Como dejó escrito ROLAND BARTHES un texto no tiene siempre el mismo significado (*Le degré zéro de l'écriture*, Paris, Seuil, 1953). Una primera lectura se hace con arreglo a un código hermenéutico amplio en el que se recopilan datos sobre el texto, lo que ha sucedido antes y después, sin saber muy bien qué detalles son importantes. La segunda lectura de esta obra permite ya prestar atención a los símbolos escondidos en el texto, esos “detalles reveladores”: es el “código simbólico” que conduce al lector a descubrir otro nivel de lectura escondido en los detalles. Las leyes propias de países *Common Law* que admiten los daños punitivos no sólo deben ser aplicadas, como regla general, por los tribunales españoles, sino que muestran el camino a seguir, un nuevo modelo, más dinámico, actual, y más adaptado a la economía global, para regular de modo efectivo y eficiente la responsabilidad civil. Con un elenco bien nutrido de casos prácticos y ejemplos para ilustrar conceptos abstractos, un uso de la jurisprudencia bien ponderado y un aparato bibliográfico más que solvente, esta monografía se muestra como un hermoso mascarón de proa de esa nave llamada Derecho internacional privado que surca las agitadas aguas de la responsabilidad civil en la litigación internacional.

N. GOÑI URRIZA. *La libre circulación de servicios en la Unión Europea: El régimen de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios y su aplicación por los tribunales españoles*. Madrid, Ed. Bosch, 2023. ISBN: 9788490907245.

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA
Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid.
ORCID ID: 0000-0003-2236-4641

DOI: 10.20318/CDT.2024.8464

1. La obra de NATIVIDAD GOÑI URRIZA, *La libre circulación de servicios en la Unión Europea*, Madrid, Ed. Bosch, 2023, se presenta como el mascarón de proa de un movimiento de inquietud intelectual de amplios contornos que hoy día gira en torno a la “libertad” y a su papel en el Derecho. La libertad se erige como un concepto de excepcional hermosura, mientras que la noción misma trasciende hacia una esfera de belleza aún más sublime. La libertad individual y empresarial, alineada con la centenaria propuesta de DAVID RICARDO, tal y como se indica en el excelente prólogo de esta obra, firmado por JAVIER CARRASCOSA, conduce a la *especialización*. Empresarios y profesionales, consumidores y usuarios, particulares y personas jurídicas, todos ellos se especializan en la vida y, gracias a ello, gracias a la *invisible hand*, la libertad extiende su eficacia y eficiencia a toda la sociedad. Además, la libertad propicia la colaboración entre individuos y teje, así, una interdependencia que engendra una cohesión social patente, sólida y resplandeciente. Emerge así el *círculo perfecto y eficiente de las libertades económicas*, que se expanden en un *movimiento perpetuo* en beneficio de todos.

2. Dicho lo anterior, que resume el eje axiológico de esta obra, debe comenzarse por recordar que el Capítulo I de este trabajo aborda una realidad innegable: *el papel de motor del mercado interior* que llevan a cabo las libertades económicas de establecimiento y prestación de servicios. Es, en realidad, un mero frontispicio para penetrar, con energía y valor incontestable, en el régimen jurídico de la libertad de establecimiento y la libre

prestación de servicios en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Este segundo Capítulo muestra que el Derecho europeo opera y actúa como una columna robusta de libertad, desde las que todas las libertades de circulación florecen en la Unión Europea. Entre estas libertades, destaca con fulgor *la libre circulación de servicios*, que no por causalidad se erige en el tema central de la presente monografía. Una elección acertada, sin duda, ya que la libertad de prestación de servicios representa la esencia más refinada de las libertades europeas de circulación. En el cruce perfecto entre el Derecho administrativo en materia internacional, que diría el gran TITO BALLARINO, y el Derecho internacional privado más clásico, el lector se sumerge en una espléndida introducción a los *fundamentos jurídicos constitucionales de la Unión Europea* sobre los que se edifica esta libertad. El jurista ávido en este sector, además, encontrará una hábil síntesis del ámbito de aplicación de la libre prestación de servicios y de la libertad de establecimiento. Se delinean con precisión los titulares y beneficiarios de la libertad de establecimiento, las modalidades de ejercicio de ambas libertades y, muy especialmente, se explora la diferencia, esencial, entre la libre prestación de servicios activa y pasiva. Especial atención dedica la autora a las *excepciones y justificaciones* a las libertades de establecimiento y de prestación de servicios. Porque aquí, en el Capítulo II de esta estupenda obra, radica la piedra angular de la disertación intelectual que vertebra el texto entero. La habilidad técnica del jurista se verá ampliamente reforzada si aprende lo que este capítulo enseña: la correcta fijación de los límites a liber-

tades de impacto constitucional, lo que se aprecia en temas como las actividades relacionadas con el poder y las razones imperiosas de interés general. Muy bien aparece tratado, de igual modo, el reconocimiento de la formación para el ejercicio de las libertades en las profesiones reguladas.

Lo anterior prepara al lector para hundir sus afanes e intereses en el estudio de la inmarcesible Directiva 2005/36/CE y en el régimen del reconocimiento de títulos habilitantes en la misma.

3. El Capítulo III de la obra aparece dedicado a la incorporación de los *principios legales y criterios jurisprudenciales* del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la aplicación de la *Directiva de servicios*. Porque los problemas sociales generan problemas jurídicos y éstos requieren soluciones que la jurisprudencia diseña y crea. Y es entonces, de la mano de esta jurisprudencia creativa y normativa, cuando el legislador elabora la norma legal positiva. Por ello, una vez más, puede afirmarse que el legislador no es original y muchas veces ni siquiera sabe Derecho: bebe de las fuentes de los *juris prudentes* que los tribunales de Justicia, incluido, naturalmente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, consultan para dictar sus sentencias.

4. El Capítulo IV afronta el régimen específico de los servicios de la *sociedad de la información*, lo cual es un acierto pleno, pues la materia dispone de su propio eje regulativo: la Directiva sobre el comercio electrónico y el Reglamento de servicios digitales. La primera normativa es analizada con rigor hasta en sus detalles técnicos más complejos, como por ejemplo, en lo relativo a la *geolocalización*.

5. Finalmente, el Capítulo V de esta monografía recoge un estudio pormenorizado del comportamiento de la *jurisprudencia española* en

su labor de discernir los obstáculos admisibles y rechazables a las libertades económicas europeas. En esta parte, la autora muestra su destreza para poner de manifiesto que los Estados miembros, pese a sus declaraciones a favor de una fe europeísta sin fisuras, persisten en obstaculizar el ejercicio de la libre prestación de servicios en sus mercados nacionales. También puede hallarse un examen particular de las llamadas “situaciones puramente internas” y el impacto que sobre las mismas producen las libertades europeas. Queda siempre, *dulcis in fundo*, un análisis del nivel de cumplimiento de la Directiva de servicios por parte de la jurisprudencia española. Análisis que deja un sabor a la par misterioso e incompleto al jurista que cree con firmeza en las bondades de la libertad de prestación de servicios. Es cierto, así lo subraya la autora, que los tribunales españoles podrían perfeccionar la aplicación que han hecho y siguen haciendo de las normas europeas sobre la libertad de prestación de servicios. Sin embargo, tal afirmación no debe leerse como un lamento, sino como la posibilidad de mejorar en la realización de una Justicia auténticamente europea mediante normas europeas y que persigue objetivos europeos.

6. En suma, la comunidad jurídica española se halla en presencia de una obra que aborda un tema de perenne actualidad, muy bien planteado y mejor examinado. Una obra que hace nacer en el espíritu del jurista un interés inagotable y vivificador por la libertad como fuente de inspiración de soluciones jurídicas en el contexto del Derecho internacional privado del siglo XXI. Escribía F.A. VON HAYEK que “*la fe en la libertad se basa en la convicción de que libera más fuerzas para el bien que para el mal*”. Todos los juristas que creemos en la libertad, estamos de enhorabuena al abrir las páginas de este libro que hoy, con sumo placer, es aquí objeto de esta breve recensión.

J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. *Reflexiones creativas, heterodoxas, críticas y divertidas sobre cuestiones de Derecho internacional privado*. Murcia, Ed. Derecho y Letras - Rapid Centro Color, 2022. ISBN 978-84-09-44040-5 (504 páginas).

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA
Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid.
ORCID ID: 0000-0003-2236-4641

DOI: 10.20318/CDT.2024.8465

1. Con deleite, fruición y agrado profundo debe ser recibida una nueva contribución del profesor Dr. D. JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Murcia, al mundo del Derecho internacional privado.

El que estas líneas firma siempre ha pensado que las nuevas formas de transmisión escrita del Derecho comportan consecuencias positivas, pues hacen mucho bien al progreso y a la comprensión del Derecho. *Posts, blogs, newsletters* y otros formatos que pueblan la galaxia de las tres dobles uves son, cierto es, una fuente inextinguible de novedades, meditaciones y pensamientos que alegran la mente de los expertos y de los interesados en Derecho internacional privado. Ahora bien, como casi todo en esta vida, también esta nueva forma de difusión jurídica presenta un lado oscuro. Se trata, precisamente, de la evanescencia del conocimiento. En efecto, cientos y cientos de publicaciones que invaden Internet quedan olvidadas por los siglos de los siglos y borradas de la existencia. Se evaporan, quizás para siempre, pensamientos brillantes, lúcidos y sugestivos. Alguien, entonces, recuerda y piensa: “una vez leí algo muy interesante, fue en la galaxia de Internet, sí, pero quién sabe dónde y cuándo fue eso...”.

2. JAVIER CARRASCOSA ha tenido la idea -brillante, hay que decirlo, una vez más- de recopilar, actualizar, completar y perfeccionar una serie de reflexiones que ha escanciado en el Blog *Accursio DIP* (<http://accursio.com/blog/>) desde en año 2015 hasta el año 2022. Así quedará para siempre en forma de libro lo que antes estuvo en la blogosfera. Se

trata de ciento treinta y tres textos sobre temas muy diversos de Derecho internacional privado. El lector no quedará defraudado. Estas reflexiones transmiten información, conocimiento y, si se permite también aquí escribirlo, sabiduría. Ahora bien, el autor transmite una sabiduría envuelta en sincera modestia. El autor no pontifica, no muestra ni acusa dogmas, no ofrece soluciones axiomáticas ni algebraicas, no predica doctrinas ni entona cantos de fe, ni siquiera en favor de la norma de conflicto. El autor propone, sugiere, ofrece alternativas de razonamiento en Derecho internacional privado y ello conduce a un hermoso escenario de pensamientos que motivará, sin duda, la mente del lector. Porque un texto, en realidad no pertenece al autor, sino al lector o al intérprete del mismo. Los escritores creativos generan textos pero no dictan la manera correcta y ortodoxa en la que deben leerse tales textos. Cuando se lee un libro no se puede “seguir al líder”, lo que sería, es evidente, un ejercicio de totalitario intelectual. Por tanto, en esta obra, no debe uno preguntarse sobre “qué quiso decir el autor”, sino sobre “qué significa el texto que escribió el autor”. Como explica STANLEY FISH en *Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*, Durham, NC, Duke UP, 1989, el significado de este libro no es siempre aquél que el autor quiso darle, sino el que el lector extrae del contenido en el que pone sus ojos. El libro pertenece al lector, ésa es la verdad y lo demás son meras poses intelectuales.

3. El Derecho internacional privado no es difícil ni tampoco es un conjunto esotérico de normas inextricables de significado enigmático, sino

un bello saber para la vida. Un auténtico sistema jurídico que permite a las personas llevar una vida internacional en libertad, con seguridad jurídica y con la protección del ordenamiento jurídico. Ésa es la idea que, cual diagonal fulgurante, atraviesa toda esta obra.

4. El trabajo no sigue un orden concreto, sino que se presenta como un *collage* de paisajes formado por cuestiones, preguntas, propuestas, interrogantes y sugerencias sobre los aspectos más variados del Derecho internacional privado europeo y español. El Derecho de Familia internacional, el Derecho de los negocios internacionales y el Derecho procesal civil internacional encuentran su lugar oportuno en estos relatos breves con los que está confeccionado este libro. El lector, huelga escribirlo, no se aburrirá. Encontrará lo que busca, porque todo está en este trabajo. Desde cuestiones relativas al domicilio de los menores en Derecho internacional privado, jurisdicción y ley aplicable a las crisis matrimoniales, disgresiones varias sobre la Ley de la residencia habitual y la Ley nacional, cuestiones relativas a los trabajadores en el mercado laboral transfronterizo, aspectos procesales de la litigación internacional, *forum non conveniens*, daños punitivos, perfiles jurídicos de las sucesiones con elementos extrajeros y todo lo demás. Busque lo que busque el lector, lo hallará y lo encontrará expresado con gracia y con rigor, todo a la vez.

5. Escrito con pluma bien cortada y en un muy correcto, actual, elegante y directo idioma castellano, las ideas viajan entre sus líneas como lo hacen en otoño rumbo al mar las hojas de los árboles en un río caudaloso bajo un puente romano. Todo sigue su curso hasta desembocar en una sensación curiosa que queda en quien se adentra en estas páginas: el Derecho internacional privado es un sector del Derecho especialmente diseñado para los paladares más cultivados en Derecho y que, además de resultar extremadamente útil para todos en la vida internacional que nos ha tocado vivir, es una especialidad jurídica estéticamente muy bella.

6. El modo en el que Javier Carrascosa sumerge al lector en este *puzzle* de Derecho internacional es ciertamente desafiante. Emplea el autor una atrevida combinación de novedades, lecturas diagonales, reflexiones en clave de pensamiento lateral, mensajes secretos que contienen grandes verdades y preguntas con y sin respuesta. Es cierto que la

literatura descansa en la narrativa. En efecto, el contenido es tan importante como el modo en el que se transmite dicho contenido, que es lo que se denomina la “narrativa”. La norma de conflicto es el contenido, la materia primitiva, pero sólo si se cuenta con gusto, con finura, con clase y con encanto -especialmente a través de casos reales extraídos de la práctica y de la jurisprudencia-, es entonces y sólo entonces cuando se crea la magia del hechizo del Derecho internacional privado y éste aparece como un saber fascinante desde el principio hasta el fin.

7. Sin perjuicio de todo lo anterior, este libro mantiene una tesis constante: la concepción del Derecho internacional privado como una auténtica expresión de la cultura europea. Basado en la seguridad jurídica y en la reducción de los costes asociados a la vida internacional de los seres humanos, el Derecho internacional privado constituye un precipitado histórico y así se abre este libro, con la invención de las normas de conflicto y su exportación desde Italia a España. Circulan también por sus páginas innumerables personajes de la historia, como el gran europeísta del siglo XX JEAN MONNET y el presidente ABRAHAM LINCOLN, estudiosos del sistema como TITO BALLARINO, escenas de la Granada nazarí antes y después de los Reyes Católicos y tantas otras. La conexión del Derecho internacional privado con el Arte es también constante. Al fin y al cabo, para el autor, el Derecho internacional privado es la más sublime expresión del Arte del Derecho y constituye, al mismo tiempo, una faceta más de todos los movimientos artísticos que han nacido y se han desarrollado en Europa. Especial atención se presta a la jurisprudencia, madre por excelencia de las experiencias jurídicas, así como al Derecho internacional privado comparado.

8. Son tiempos complejos, inseguros y problemáticos para el conocimiento jurídico estos años de la tercera década del siglo XXI. Sin embargo, todo barco puede alcanzar puerto seguro si surca las aguas con los correctos instrumentos de navegación. Es hora de hacerse a la mar, capitanes intrépidos del Derecho internacional privado, pero la navegación no será ni ardua ni peligrosa, sino serena y llena de ilusión si junto al diario de a bordo se hallan estas reflexiones creativas, heterodoxas, críticas y divertidas sobre cuestiones de Derecho internacional privado escritas por JAVIER CARRASCOSA.

M. GÓMEZ JENE. *Arbitraje comercial internacional*. 2ª ed., Madrid, Civitas, 2023, 746 p.

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA

Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid.

ORCID ID: 0000-0003-2236-4641

DOI: 10.20318/CDT.2024.8466

1. En los cinco años que separan esta segunda edición de la primera (*vid.* mi recensión a ésta última en *CDT*, 12, 2, 2020, pp. 1484-1485) se ha generado un volumen jurisprudencial internacional, europeo, comparado e interno en materia de arbitraje tan extenso como interesante y complejo. Muy gráfica, en este sentido, resulta la jurisprudencia del TC relativa al alcance de la revisión del laudo en sede de anulación, pues ha supuesto un importante punto de inflexión en el estudio y práctica del arbitraje en España. En el plano estrictamente europeo, se constata una incidencia exponencial del Derecho de la Unión en el ámbito del arbitraje. La mera lectura de la jurisprudencia del TJUE en los asuntos *Komstroy*, *PL Holdings* y *London Ship* da buena muestra de ello. En el plano internacional, el papel del TEDH no ha sido menos relevante: sus ya célebres sentencias *Beg SPA* y *BTS Holding* habrán de desplegar su novedosa doctrina en ámbitos tan relevantes como son el de la imparcialidad del árbitro y el *exequatur* del laudo. A todo lo anterior debe sumarse la muy importante labor de los TSJ en su función de control del laudo arbitral, que ha generado un amplio y -en muchas ocasiones- relevante volumen jurisprudencial.

2. Tal desarrollo jurisprudencial, acontecido desde tan distintos ámbitos, bien reclamaba un estudio doctrinal serio y riguroso, capaz de encontrar las simetrías y asimetrías que su aplicación práctica pudiera generar. Y lo cierto es que, partiendo de la sólida base que la primera edición de esta obra constituye, no había en la doctrina española mejor autor para realizar tal empresa.

3. Esta segunda edición se caracteriza, por tanto, por llevar a cabo esa profunda a la vez que minuciosa actualización jurisprudencial. Pero no sólo por eso. Esta segunda edición incorpora también el estudio de nuevas cuestiones (entre otras muchas, *Dispute boards*, prejudicialidad civil, dimensión del arbitraje *européo*) y desarrolla con mayor detalle cuestiones ya tratadas en la primera edición (entre otras muchas, litispendencia y cosa juzgada, prejudicialidad penal, reconocimiento incidental de laudos). El resultado final es una edición muy ambiciosa y completa, que suma más de doscientas páginas que la anterior.

4. El enfoque “internacionalprivatista”, tan característico de la primera edición, permanece inalterado en la segunda. De tal forma que el autor ha seguido profundizado en todas y cada una de las cuestiones planteadas en el primer texto sin perder de vista la relevancia de la dimensión internacional. No en vano, en el contexto arbitral, la internacionalidad es determinante, por cuanto abre un abanico de cuestiones particularmente complejas que, como tales, demanda soluciones muy específicas. Por sólo citar algunas, que en esta segunda edición se han reconsiderado con particular atención: la concreción del alcance de la expresión *intereses del comercio internacional*; la *arbitrabilidad* de la materia; la *ley aplicable* al convenio arbitral y validez de *cláusulas híbridas*; la competencia judicial internacional y ley aplicable en el contexto de la responsabilidad del árbitro; la aplicación del *Reglamento Roma I* por los árbitros; la delimitación del ámbito de aplicación del *Reglamento Bruselas I refundido* a

materias relacionadas con el arbitraje (entre otras, medidas cautelares, efecto relativo del convenio arbitral y reglas de litispendencia); el tratamiento del convenio arbitral en supuestos de *concurso* internacional; así como el régimen complejo del reconocimiento o *exequatur* del laudo arbitral, que abarca supuestos de reconocimiento incidental y supuestos de *no* reconocimiento del laudo.

5. La profunda revisión que, de este modo, acomete esta segunda edición se hace, además, respetando la sólida estructura de la primera edición. En consecuencia, se mantiene inalterada la división inicial en doce Capítulos, si bien se insertan algunos epígrafes nuevos y, como hemos comentado más arriba, se desarrollan con precisión epígrafes ya existentes en el texto de la primera edición. Merece la pena insistir en la coherencia de la estructura, que facilita enormemente el manejo del texto. En concreto, los doce capítulos se distribuyen del siguiente modo: (1) Concepto e importancia del arbitraje en el comercio internacional; (2) Teoría general sobre el arbitraje comercial internacional: concepción territorial, concepción transnacional y concepción intermedia; (3) Fuentes del arbitraje internacional; (4) Carácter internacional del arbitraje; (5) Arbitrabilidad de la materia en el arbitraje internacional; (6) Notificaciones, comunicaciones y cómputo de plazo; (7) Límite a la intervención judicial y tribunales competentes para las funciones de apoyo y control del arbitraje; (8) El Convenio arbitral; (9) Los árbitros; (10) El procedimiento arbitral; (11) El laudo arbitral; y (12) Control judicial en el arbitraje comercial internacional.

6. Los primeros tres capítulos delimitan el marco conceptual y jurídico que define, desde la perspectiva española, el arbitraje comercial internacional. Al menos dos ideas son relevantes en este contexto: la primera es que, pese a ciertas soluciones previstas en la Ley de Arbitraje (LA), la jurisprudencia española ha asumido el enfoque territorial. La segunda idea que destaca es que no sólo el Convenio de Nueva York (CNY) y el Convenio de Ginebra constituyen fuentes del arbitraje internacional. También constituye fuente relevante del arbitraje privado el Convenio Europeo de Derechos Humanos. De hecho, el epígrafe dedicado en esta segunda edición al estudio de este último texto profundiza mucho más en los argumentos que justifican su aplicación al arbitraje privado.

Además, el autor demuestra cómo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos exige una reinterpretación tanto del artículo 41 de LA como del artículo V CNY (p. 535).

7. Los restantes capítulos (4 a 12) abordan un riguroso análisis técnico de las normas que regulan cada cuestión, así como un análisis exhaustivo de la jurisprudencia española, comparada e internacional en interpretación de esas normas. Entre otras muchas, merecen atención las siguientes cuestiones:

- (i) El *contrato de arbitraje* (Capítulo 9), primer estudio en la doctrina española sobre el contrato que vincula al árbitro con las partes; contrato que debe calificarse como *sui generis*.
- (ii) La *responsabilidad de los árbitros* (Capítulo 9), en cuyo marco se plantea una interesante distinción en el régimen de responsabilidad en virtud de la función jurisdiccional o no jurisdiccional desempeñada por el árbitro.
- (iii) La particular interpretación del principio de *Kompetenz-Kompetenz* dada por el TS español (Capítulo 9), que ha asumido una “interpretación débil” del mismo y en cuya virtud el juicio sobre la validez de un convenio arbitral en sede de declinatoria debe ser completo y no meramente superficial; interpretación, además, que resulta compatible con la jurisprudencia asentada por el TJUE en el asunto *London Ship* en relación con la litispendencia y el efecto relativo del convenio arbitral
- (iv) La difícil y controvertida relación entre el *Derecho internacional privado de la UE y el arbitraje*, que se plantea y estudia con particular rigor y detalle a lo largo de diferentes capítulos del libro (Capítulos 2, 5, 10 y 12). En este punto, merecen especial atención los sólidos argumentos utilizados por el autor para considerar que el Reglamento Roma I, como norma imperativa que es, debe ser aplicado por los árbitros en un arbitraje con sede en Europa.
- (v) Por fin, el ámbito del reconocimiento y *exequatur* de laudos arbitrales extranjeros (Capítulo 12), debe mencionarse el más desarrollado estudio que esta segunda edición acoge sobre las particularida-

des propias del Derecho procesal español previstas en la Ley de Cooperación Jurídica Internacional, tales como el *no* reconocimiento del laudo a título principal y el reconocimiento incidental del mismo.

8. A la luz de lo hasta aquí descrito, se entenderá fácilmente que deba finalizarse esta breve reseña insistiendo al lector sobre la relevancia de

esta obra. De indudable referencia, constituye el único trabajo doctrinal actualizado en la materia. Profundo y riguroso en el análisis de las cuestiones más controvertidas, a la vez que minucioso y completo en el tratamiento de la jurisprudencia interna, comparada, europea e internacional. En definitiva, la obra esencial para todo jurista (práctico o teórico) interesado en el arbitraje, ya sea interno o internacional.

E. CASTELLANOS RUIZ (Dir.) / M.^a J. CASTELLANOS RUIZ (Coord.). *Comentario al nuevo Reglamento (UE) Bruselas II ter 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*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, 756 pp.

ISBN papel: 978-84-1147-787-1. ISBN ebook: 978-84-1147-788-8

MARÍA VICTORIA CUARTERO RUBIO
Catedrática de Derecho internacional privado
Universidad de Castilla-La Mancha

DOI: 10.20318/CDT.2024.8469

1. El Derecho de Familia europeo es un grupo normativo en crecimiento, clave de bóveda en la consecución de una Europa de los ciudadanos real. Este grupo normativo ha sido liderado desde los orígenes por Bruselas II, una saga que ha culminado, de momento, en el Reglamento Bruselas II ter: el Reglamento 2019/1111, del Consejo, de 23 de junio, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida). El enorme interés que ha despertado esta revisión de Bruselas II, no sólo en la academia, sino igualmente entre los operadores jurídicos, es comprensible: se trata de una norma fundamental. Pero además de interés, el Reglamento 2019/1111 puede provocar vértigo. Y es que, en el ánimo de mejorar las soluciones, y aunque simplificar el acceso a la justicia es uno de sus objetivos (Considerando 3), contiene más preceptos que su predecesor, el Reglamento Bruselas II bis, y es técnicamente muy complejo. Son ya varios los trabajos notables que han abordado el nuevo Reglamento generando un diálogo científico espontáneo. La obra que reseñamos es una contribución esperada e imprescindible a este diálogo.

La Dra. Esperanza Castellanos ha reunido a un grupo de prestigiosos internacionales privatistas de diversas Universidades españolas (Universidad Carlos III de Madrid, Universidad de Murcia y UNED) para realizar un comentario sistemático de esta fundamental y muy compleja norma. Junto con ella, son autores los profesores Javier

Carrascosa González, Isabel Antón Juárez, María Asunción Cebrián Salvat, Mónica Herranz Ballesteros, Isabel Lorente Martínez, Juliana Rodríguez Rodrigo y M.^a José Castellanos Ruiz. La Dra. M.^a José Castellanos, además de autora, asume la responsabilidad de coordinación de la publicación. Es importante destacar que el trabajo se enmarca en un Proyecto de investigación nacional liderado por los profesores Javier Carrascosa y Esperanza Castellanos (“Derecho global y crisis sanitarias: hacia una convención mundial contra las pandemias”, PID2021-124298OB-I00), y su publicación se vincula asimismo con otro Proyecto de investigación regional, dirigido por la Dra. Esperanza Castellanos (“Los retos del Derecho internacional privado en tiempos de crisis internacional y medidas laborales ante la Covid 19”, 2020/00433/001 EPUC3M10). El resultado es este *Comentario al nuevo Reglamento (UE) Bruselas II ter*, cuyo objetivo esencial sintetiza la Directora en su Presentación: facilitar la práctica jurídica siempre atentos a la reflexión teórica.

La obra viene encabezada por una Breve Presentación de la Directora, así como por el Prólogo, escrito por Pilar Llop Cuenca, Ministra de Justicia en el momento de la publicación. En el Prólogo se pone de relieve el valor “sistemático y exhaustivo” del trabajo, lo que constituye definitivamente una de sus fortalezas: “que no deja nada al azar y que nada deja de examinar”. A tal fin, se ha optado por sistematizar el contenido siguiendo el Reglamento. De esta forma, tras el Capítulo introductorio que hace una aproximación general, cada disposición

se reproduce y es objeto de comentario individual. Se trata de un sistema muy práctico y de eficacia probada, que centra la reflexión y facilita la consulta. Además, a salvo los dos primeros artículos, la distribución entre los autores se ha hecho por bloques (Capítulos o Secciones), lo que coadyuva a que el comentario precepto a precepto no pierda el contexto.

2. Acorde con esta sistemática, la obra comienza con la reproducción de los Considerandos del Reglamento, seguida de un Capítulo introductorio; con la misma lógica, los anexos del Reglamento se adjuntan como anexos al final. Este Capítulo “Introducción. El nuevo Reglamento Bruselas II-ter”, sirve de aproximación general. Escrito por la Dra. Esperanza Castellanos, proporciona el marco necesario para los comentarios posteriores. En resumen, lo esencial para comprender el Reglamento queda definido desde el principio: contexto, objetivos de la refundición, novedades y alcance. La bienvenida que dispensa la autora al nuevo texto es calurosa pero realista: estamos, nos dice, ante un “Reglamento continuista no exento de mejora”.

En la primera parte, dedicada a los objetivos y novedades, se observa que, salvo en algunos aspectos, no se trata de una “evolución profunda”, y se nos explica su génesis a partir del Informe de la Comisión sobre la aplicación del Reglamento Bruselas II bis. El análisis presta mucha atención a contextualizar el Reglamento en la saga Bruselas II; marco que se enriquece con una panorámica bibliográfica y de jurisprudencia del TJUE en su aplicación. Se sintetizan las razones que han animado al legislador a proceder a la revisión de Bruselas II bis y los objetivos que se persiguen, conectándolos con las modificaciones que incorpora respecto de la versión anterior. Esta visión general sobre las novedades es un aspecto particularmente destacable pues permite poner el foco desde el principio en las aportaciones reales del nuevo Reglamento, sin perjuicio de que luego sean tratadas en el apartado correspondiente con su comentario.

La autora parte del anclaje del Reglamento en el espacio de libertad, seguridad y justicia y la consecución de la libre circulación de personas. En este sentido, se señala el aumento de las demandas en materia de familia y la complejidad de su resolución, en especial, en asuntos como el derecho de visita o la sustracción internacional; y se recuerda el valor del principio de confianza mutua europeo como principio estructural de la circulación de de-

cisiones. El Reglamento establece foros de competencia “uniformes y justos”. En este punto, se presta atención al juego de la autonomía de la voluntad: mientras que queda excluida en los litigios matrimoniales (solución que se critica, por comparación con otros Reglamentos de familia y por contraria al *favor divortii*), en materia de responsabilidad parental se permite “cierta autonomía”, como excepción a la preferencia por la proximidad. También se subraya la regulación del *forum non conveniens* (arts. 12 y 13): el Reglamento, que lo regula en interés del menor, procura una respuesta equilibrada con el principio de seguridad jurídica. Asimismo se señalan como innovaciones relevantes la definición material de “menor” y la expresa inclusión del derecho del menor a ser oído. Desde un punto de vista técnico, se incide en la independencia de los procedimientos de disolución matrimonial y responsabilidad parental como idea de base y en la previsión de procedimientos acelerados en supuestos de menores que requieren una resolución urgente. Otra novedad destacada es el impulso de los medios alternativos de resolución de diferencias, como la mediación, en los supuestos de sustracción internacional (art. 27); siempre que, se advierte, no implique una prolongación indebida del procedimiento y con la cautela que requiere en situaciones en las que media violencia contra la mujer. El Reglamento pretende además minimizar los procedimientos concurrentes y, en consonancia, incluye normas sobre litispendencia internacional (art. 20). En cuanto al reconocimiento, la autora se detiene en el valor del reconocimiento automático, con causas tasadas de denegación, para evitar procedimientos largos y costosos, y enfatiza la eliminación de la declaración de fuerza ejecutiva para las resoluciones en materia de responsabilidad parental. En una segunda parte de este Capítulo introductorio se analiza el ámbito de aplicación del Reglamento en todas sus vertientes. De particular interés resulta la exposición de la siempre compleja cuestión de la internacionalidad y el ámbito de aplicación personal de la norma, habida cuenta de que el criterio de aplicabilidad espacial de Bruselas II bis no ha estado exento de incertidumbres. Hay que subrayar igualmente la especial atención que se presta al ámbito de aplicación temporal del Reglamento en lo atinente al periodo transitorio del Brexit.

3. Tras este Capítulo introductorio, el esquema de la obra y los comentarios corren en paralelo a

los de la norma. En cuanto al Capítulo I, “Ámbito de aplicación y definiciones”, se trata de dos cuestiones esenciales para la correcta comprensión del alcance del Reglamento y los comentarios son extensos, reflexivos y muy atentos al sustrato jurisprudencial.

El art. 1, “Ámbito de aplicación”, es objeto de estudio por la profesora Esperanza Castellanos. Nos advierte que se trata de una cuestión en la que se ha conservado en general el tenor de la redacción anterior aunque sí ha ganado precisiones. La autora hace un detallado análisis del alcance de las materias incluidas y excluidas; análisis caracterizado por el acento en la conexión con el grupo normativo (no solo con Bruselas II bis, sino igualmente con el Reglamento Roma III y el Convenio de La Haya de 1996), con las definiciones del art. 2 y con los Considerandos, en los que, al fin, residen las precisiones novedosas. Es también de destacar, en particular, pensando en los prácticos, el amplio abanico de supuestos que maneja y las explicaciones que ofrece respecto del régimen jurídico en aquellos casos que quedan fuera del ámbito del Reglamento, una pura cuestión de fuentes.

El comentario comienza con una aproximación al concepto general de “materia civil”, de interpretación autónoma, para proceder a analizar las materias incluidas. Respecto al apdo. 1. a), divorcio, separación legal y nulidad matrimonial, se destaca la falta de una definición en el propio Reglamento (como del concepto de “matrimonio”, con los problemas que esto supone). En este apartado se critica la ausencia de las crisis de las uniones de hecho y parejas registradas y se comenta el nuevo tenor “separación legal”, que se interpreta como voluntad de inclusión de aquellas realizadas ante notario u otra autoridad pública. En cuanto al divorcio o separación religiosos, privados y los divorcios notariales, se establece la exclusión de los primeros y se estudian los segundos: incluidos como documento público en sede de reconocimiento y, en lo atinente en concreto a separaciones y divorcios ante notarios españoles, incluidos tanto en reconocimiento como competencia judicial internacional por su consideración de órgano jurisdiccional. En relación con la responsabilidad parental, un concepto autónomo pero traído de los instrumentos internacionales en la materia, la autora se detiene en la lista ejemplificativa de materias incluidas bajo este paraguas (art. 1.2), entre las que destaca como modificación relevante el acogimiento (apdo. d). En este punto se valora positivamente la inclusión

y el Considerando explicativo que lo acompaña, pero también se observa que el Reglamento deja abiertos problemas interpretativos. La sustracción internacional constituye la tercera columna del ámbito material y el Reglamento Bruselas II ter le otorga una mayor visibilidad a su inclusión. Al fin, en cuanto a las materias excluidas, la autora señala la práctica reproducción del tenor anterior, lo que no obsta a un comentario detenido de las exclusiones más complejas (el caso del art. 1. 4 b), resoluciones sobre adopción y medidas que la preparan, anulación y revocación de la adopción) o aquellas que no están en el tenor del precepto (medidas de Derecho público de carácter general en materia de educación y salud, y a las relativas al derecho de asilo y a la inmigración).

El art. 2, “Definiciones”, es comentado por el profesor Javier Carrascosa con señas de identidad: análisis en conexión con el grupo normativo, anclaje en los Considerandos y panorámica de supuestos para ilustrar los límites de los conceptos. El comentario parte de unas reflexiones sobre el sistema mismo de definiciones legales del Reglamento y las ventajas que ofrece esta “paleta de conceptos” autónomos, de interpretación uniforme garantizada, así como sobre el ámbito de aplicación material y la ausencia de una definición del concepto de matrimonio. Esta ausencia elocuente, nos dice, ha de interpretarse como una laguna deliberada y un concepto que se define por referencia a los Derechos nacionales.

El grueso del comentario se desenvuelve en torno a la lista de las definiciones contempladas en este art. 2. El concepto de “resolución” se estudia en profundidad; también la exclusión de las resoluciones de divorcio, separación o nulidad matrimonial pronunciadas por autoridades religiosas y las cuestiones que eso plantea, o la especial mención del concepto a los efectos del Capítulo IV, para dar cabida a resoluciones dictadas sobre la restitución de menores. En esta definición de “resolución” resulta del mayor interés las observaciones que se dedican a la inclusión en este espectro de los acuerdos privados de divorcio pues abre la puerta a un desarrollo muy atractivo sobre “la inexorable conversión del Derecho de Familia institucional en un Derecho de Familia contractual” (apdos. 27-29). De los conceptos de “órgano jurisdiccional”, de “documento público” y de “acuerdo” a efectos del capítulo IV del Reglamento Bruselas II ter (art. 2.2.1, 2 y 3) se destaca su carácter amplio; y se recuerdan los conceptos de “Estado miembro de

origen” y de “Estado miembro de ejecución” (art. 2.2.4 y 5). Del mayor interés es el comentario sobre la incorporación de la definición de “menor”, frente al “silencio pertinaz” de versiones anteriores y la consecuente solución conflictual que implicaba. Se dedica también buena atención a la definición de “responsabilidad parental” y “titular de la responsabilidad parental” (concepto amplio que debe ser interpretado de manera extensiva, marcado por la jurisprudencia del TJUE), “derecho de custodia” (respecto del que se señalan algunos “desajustes valorativos” pese a su comunidad con el Convenio de La Haya de 1980), “derecho de visita” y “traslado o retención ilícitos”.

El comentario dedica apartados específicos a varios temas de claro interés monográfico. El primero, los “divorcios privados”, realizados sin la intervención de una autoridad pública. Influido por el modelo francés, el Reglamento ha extendido su alcance a su eficacia extraterritorial transfronteriza, si bien al margen de las normas de competencia judicial internacional. El segundo tema “monográfico” es el divorcio notarial español. En este punto, el autor supera con creces el comentario de la regulación del Reglamento para ofrecer una panorámica completa de la institución: se estudia la aplicación del Reglamento en competencia y reconocimiento transfronterizo, pero también el régimen de la ley aplicable al divorcio notarial en España y del reconocimiento extracomunitario de escrituras notariales españolas de divorcio. Al fin, como tercer tema, se dedican unas últimas reflexiones críticas al concepto de “*domicile*” tal y como ha sido recogido en el art. 2.3 del Reglamento.

4. El Capítulo II, “Competencia en materia matrimonial y de responsabilidad parental”, se subdivide en tres Secciones. La Sección 1, “Divorcio, separación legal y nulidad matrimonial” es comentada por el profesor Carrascosa, que presta particular atención a los arts. 3 y 6, con una lectura crítica y brillante a la luz de la jurisprudencia española y europea sobre estos preceptos. Respecto al art. 3, comienza con las características de estos foros: puros, controlables de oficio, con un alcance concreto y limitado, independientes de la voluntad de las partes y “auténticamente alternativos”. A partir de aquí, se diseccionan. Los que giran en torno al foro “residencia habitual” son deudores de una amplia reflexión sobre este concepto, no definido por el Reglamento pero, se nos dice, definitivamente autónomo. Y el estudio del foro de la

nacionalidad de los cónyuges resulta de singular utilidad al presentar un cuadro problemas-solución en los casos de doble nacionalidad. Termina con la referencia a los requisitos documentales que requiere la presentación de la demanda y las distorsiones que suscitan el régimen del Derecho español. Respecto al art. 6, competencia residual, se explica con claridad la regla general y la excepción en favor de los “cónyuges protegidos jurisdiccionalmente” sujetos solo a los foros del Reglamento; al hilo de esta cuestión, una lectura crítica de la STJUE de 1 agosto de 2022, C-501/20, MPA culmina esta parte.

La Sección 2, “Responsabilidad parental”, es analizada por la profesora M^a José Castellanos Ruiz. Esta Sección se alinea con el tenor anterior del Reglamento pero, se nos explica, contiene también cambios inspirados en buena medida en la jurisprudencia del TJUE. El comentario parte del interés superior del menor como clave de estas normas de competencia, la correlación con el principio de proximidad y su materialización en el foro de residencia habitual del menor como regla general, que consagra el art. 7, “Competencia general”. Es de destacar el estudio detenido que hace la autora del concepto nuclear de residencia habitual del menor al hilo de este desarrollo. A partir de aquí se estudian las situaciones en las que existe un cambio en la residencia habitual del menor, arts. 8 y 9, y la eventualidad de elección de foro del art. 10, con comparativa respecto del texto precedente y las innovaciones que comporta. Del art. 11, competencia basada en la presencia del menor, se destaca su mejor técnica jurídica frente a la versión anterior; lo mismo que respecto del art. 12, donde, nos dice la autora, la regla de remisión de competencia a otro órgano mejor situado para conocer en determinados casos y bajo las circunstancias legalmente descritas resulta matizada y perfeccionada: un “*forum non conveniens* mediante codecisión” orientado no tanto a resolver conflictos como a prevenirlos, al que se suma, en virtud del art. 13, la facultad de solicitar la transferencia de competencia. Llegados a la competencia de los tribunales para adoptar medidas provisionales y cautelares en casos de urgencia (art. 15), la autora relativiza el impacto del Reglamento que, a su juicio, es realmente novedoso en punto a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales, al aportar una redacción clara y precisa que conjura la anterior ambigüedad. El comentario finaliza en el nuevo art. 16, que regula cuestiones incidentales.

La Sección 3, “Disposiciones comunes”, es objeto de comentario por la profesora Juliana Rodríguez Rodrigo, que subraya la fuerte inspiración del Reglamento Bruselas I bis. El trabajo se detiene en todos los preceptos, que se han visto afectados en diversa medida por la refundición. Resultan con alguna modificación el art. 17, que incorpora la iniciación de oficio del procedimiento y la regulación de la litispendencia, art. 20. En punto a esta cuestión, frente a la regla tradicional *prior tempore potior iure*, la autora destaca como, en consonancia con otros Reglamentos, se matiza esta solución en presencia de la autonomía de la voluntad *ex art. 10*. Pero el precepto que concita mayor atención es el relativo a la expresa inclusión del derecho del menor a ser oído en esta nueva versión. El comentario de esta innovación parte del reconocimiento de este derecho en los textos internacionales, notablemente el art. 12 del Convenio de NU de derechos del niño, para constatar una evolución general hacia su mayor protección. Se trata además, enfatiza la autora, de un reconocimiento del derecho cuya vulneración entraña consecuencias reales al operar como condición del reconocimiento y la expedición de los certificados.

5. La sustracción internacional de menores cobra en el Reglamento Bruselas II ter una innegable visibilidad: no solo pasa al título sino que merece Capítulo propio. La profesora Isabel Lorente se encarga de este nuevo Capítulo III dedicado al problema. La autora se centra certera en explicar el sistema resultante pero resaltando los aspectos modificados. El art. 22 invita a iniciar el comentario con una aproximación general sobre la base de la imbricación del Reglamento con el Convenio de La Haya de 1980 y otros textos internacionales, así como con conceptos previos del propio Reglamento: la competencia judicial internacional sobre la base del art. 9, y los conceptos de derecho de custodia y de residencia habitual. Respecto a los siguientes preceptos, recepción y tramitación de las solicitudes (art. 23) y procedimiento judicial acelerado (art. 24) se incide en la importancia que el Reglamento imprime al factor tiempo; en la nueva versión se “amplía, continúa y desarrolla” esta política de urgencia, con plazos concretos, también más largos, pero, nos dice la autora, acaso más realistas.

Se detiene entonces en el art. 25, que anima al uso de formas alternativas de resolución del conflicto. Lo hace, a juicio de la autora, “de forma

llamativa y sorprendente”, con una voluntad más firme que en Bruselas II bis. Ciertamente, se muestra crítica con esta vía, que el Reglamento no regula, en una materia no particularmente adecuada y cuya implementación es arriesgada. El comentario del art. 26, que recoge de forma expresa el derecho del menor a expresar su opinión en el concreto procedimiento de restitución, más allá de la general consagración en el art. 21, desgrana los aspectos del derecho que pueden resultar complejos en la práctica, en especial, las causas que pueden limitar el derecho. Se trata de una parte con fuerte apoyo en casos de la jurisprudencia española por lo que resulta muy ilustrativa.

Por último, el trabajo se ocupa de los arts. 27-29 que regulan el procedimiento de restitución, la ejecución de las resoluciones por las que se ordena la restitución de un menor y el delicado procedimiento siguiente a la denegación de restitución del menor *ex art. 13.1 b)* y art. 13.2 del Convenio de La Haya. El procedimiento de restitución se reseña poniendo de relieve las novedades, pero acaso sea esta última parte, la relativa al conocido como mecanismo de última palabra la que suscita mayor interés. En este punto, la autora comenta la opción del legislador por limitar su operatividad (ante la alegación de grave riesgo y de firme oposición del menor al retorno, y solo cuando la denegación obedezca a estas causas). Para terminar, este supuesto ha de comprenderse en conexión con el régimen de reconocimiento de las resoluciones privilegiadas y con la eventualidad de suspensión y denegación definitiva *ex art. 56. 4 y 6*, lo que obliga a una aproximación anticipatoria a estas disposiciones que permite ver el sistema en su conjunto.

6. El Capítulo IV, “Reconocimiento y ejecución” consta de cinco Secciones. La profesora María Asunción Cebrián Salvat se ha encargado de la Sección 1, “Disposiciones generales relativas al reconocimiento y a la ejecución” y de la Sección 2, “Reconocimiento y ejecución de determinadas resoluciones privilegiadas”. Este comentario, por tanto, dibuja las líneas maestras del sector al exponer en detalle los dos regímenes de eficacia extraterritorial: el régimen general y el régimen especial para resoluciones privilegiadas. Se parte de la continuidad del modelo respecto de Bruselas II bis, así como de los principios comunes que subyacen en los dos regímenes, para finalmente poner de manifiesto las novedades introducidas en la refundición. Y es que en esta parte del Reglamento

se encuentran algunas modificaciones relevantes. Acaso la principal sea la eliminación de la declaración de ejecutividad respecto de las resoluciones sujetas al régimen general (art. 34), que se explica y comenta en el texto. Más allá de las novedades, el comentario hace un recorrido obligado por los tópicos esenciales como las causas de denegación del reconocimiento y la ejecución y con máxima atención a la regulación de los certificados.

Las siguientes Secciones de este Capítulo, Sección 3, “Disposiciones comunes sobre ejecución”, Sección 4, “Documentos públicos y acuerdos” y Sección 5, “Otras disposiciones”, son comentadas por la profesora Isabel Antón. En lo atinente a las disposiciones comunes se analizan algunos cambios (como la nueva redacción del art. 51.2) pero conviene advertir en particular el análisis del art. 56, que establece la posibilidad de suspensión y denegación. Se trata de una previsión importante y compleja, notablemente en lo que afecta a las resoluciones privilegiadas que abocan a la no restitución, y la autora lo explica con precisión. Respecto a la Sección 4, “Documentos públicos y acuerdos”, se subraya el protagonismo que toman en el actual Reglamento, y se valora positivamente la ampliación que supone. Esta parte se expone de forma concisa pero completa, con atención a los certificados y a las eventuales causas de denegación. Al fin, en la Sección 5, “Otras disposiciones”, el comentario vuelve sobre las prohibiciones (control de la competencia del juez de origen, de la ley aplicada y de revisión de fondo) y las cláusulas procesales habituales sobre costas, justicia gratuita y caución.

7. La profesora Mónica Herranz se ha ocupado del Capítulo V, “Cooperación en materia de responsabilidad parental”, del Capítulo VI, “Disposiciones generales” y del Capítulo VII, “Actos delegados”. La cooperación entre autoridades es uno de los aspectos más interesantes de la versión refundida y se regula en el Capítulo V, en relación con responsabilidad parental, y en el Capítulo VI, en relación con las solicitudes derivadas de los Capítulos III a V. Se trata de una de las cuestiones, nos dice la autora, que han sufrido una mayor modificación, con el objetivo de aclarar y reforzar la cooperación. En cuanto al Capítulo V, su opinión es muy favorable si bien lamenta que se haya

limitado el ámbito de aplicación del sistema de cooperación. El Reglamento no concreta las autoridades a las que se dirige, pero se colige que las Autoridades centrales son los destinatarios principales, aunque no exclusivos. Hay que aplaudir que el comentario señale rigurosamente aquellos aspectos concretos que suponen un cambio. De singular interés resulta la revisión que ha sufrido la regulación del acogimiento transfronterizo (art. 82), que se explica y analiza. También el comentario al Capítulo VI repasa en las modificaciones, que se valoran positivamente, como la más detallada observación de la cooperación y comunicaciones directas entre órganos jurisdiccionales (art. 86) o la regulación de la obtención y transmisión de información (art. 87), sobre la que se expresa también alguna crítica.

Por último, los comentarios a los Capítulos VIII, “Relaciones con otros instrumentos” y IX, “Disposiciones finales” son obra de la profesora Isabel Lorente. Las relaciones con otros instrumentos es una cuestión crucial y no siempre bien comprendida. Por eso, hay que alabar el resultado pues la autora detalla de forma clara y precisa el mapa normativo resultante; de forma singular, en lo atinente a la relación con el Convenio de La Haya de 1996, estructural para el Reglamento y que resulta de particular complejidad.

8. Aunque es difícil generalizar en un libro colectivo, lo cierto es que pueden apreciarse fácilmente algunos elementos que corren transversales por el conjunto del volumen. Exposición clara, aproximaciones contextualizadas en la historia de la saga Bruselas II y su evolución, aparato teórico sólido, con apoyo doctrinal y jurisprudencial importante, no solo del TJUE (que se agota) sino con notable presencia de la jurisprudencia interna española; análisis críticos y valorativos. Y todas y cada una de las contribuciones puede dar por sobradamente cumplido el objetivo propuesto: facilitar la práctica jurídica desde la rigurosa reflexión teórica. Empezamos señalando el extraordinario interés que tiene el Reglamento Bruselas II ter y el vértigo que puede provocar. El *Comentario al nuevo Reglamento (UE) Bruselas II ter* constituye un instrumento perfecto para dominarlo, conocer sus límites y puntos ciegos, y explorar su potencial. Un referente obligado.

I. ANTÓN JUÁREZ (directora). *Cuestiones actuales del Derecho de la moda*. Aranzadi, Cizur Menor, 2023. ISBN: 9788411634649.

ÁNGEL GARCÍA VIDAL
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Santiago de Compostela
ORCID ID: 0000-0002-0349-3088

DOI: 10.20318/CDT.2024.8470

1. La importancia económica del sector de la moda ha venido acompañada en los últimos años del auge del llamado «Derecho de la moda» o «Fashion Law», término con el que se alude a las distintas regulaciones normativas de aplicación a la industria de la moda. El impulso de la denominación o etiqueta del «Fashion Law» se debe a una abogada de los Estados Unidos de Norteamérica y profesora de la *Fordham Law School* en Nueva York, Susan SCAFIDI, que creó el que se considera el primer centro académico dedicado específicamente al estudio del Derecho de la moda, el *Fashion Law Institute*. Desde entonces, el análisis de las cuestiones relacionadas con el *Fashion Law* se ha ido expandiendo por todo el mundo, incluida la Unión Europea y, últimamente, también España. Este auge del Derecho de la moda se explica por los numerosos problemas jurídicos que surgen en relación con este sector económico, hasta el punto de que no faltan voces que consideran que estamos ante una nueva rama del ordenamiento jurídico. Probablemente la consideración del *Fashion Law* como una nueva rama del Derecho es excesiva, pues es más un ámbito o sector en el que confluyen distintas áreas tradicionales del ordenamiento, sin que parezca estar justificada la creación de una disciplina independiente. Ahora bien, aunque se puedan resolver con instituciones generales de las ramas tradicionales del Derecho, el sector de la moda suscita numerosos problemas jurídicos específicos, que son los que explican el auge y expansión del *Fashion Law*.

2. La mayoría de los problemas que se analizan bajo la etiqueta del Fashion Law tienen que ver con la protección de los bienes inmateriales por medio de los derechos de propiedad industrial e intelectual. Definidos los bienes inmateriales como «creaciones intelectuales de mayor o menor nivel creador, que mediante los medios adecuados se hacen perceptibles y utilizables en las relaciones sociales, y por su especial transcendencia económica gozan de la sólida protección de un derecho de exclusiva»¹, se comprende inmediatamente la estrecha vinculación entre la moda y estos bienes, pues el mundo de la moda descansa esencialmente sobre las distintas creaciones estéticas (prendas de vestir, complementos, bolsos, etc.). Se explica así que, en realidad, una parte esencial y fundamental del llamado «Derecho de la moda» sea uno de los sectores del Derecho Mercantil: el Derecho industrial, en el que, como es notorio, se engloba el estudio de la propiedad industrial e intelectual, así como el Derecho de la competencia (ya sea en su manifestación del Derecho de la competencia desleal y de la publicidad, ya en la del Derecho de defensa de la competencia). Asimismo, el notable impacto de la globalización económica en el sector de la moda también determina su carácter internacional, lo

¹ GÓMEZ SEGADÉ, «Los bienes inmateriales en el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil», en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Getafe, UC3M, 2015, págs. 115 y ss. (116).

* Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i PID2020-112707GB-I00, *Moda y bienes inmateriales*, financiado por MCI/AEI/10.13039/501100011033.

que genera numerosos y múltiples problemas de Derecho internacional privado.

3. Pues bien, muchos de los principales problemas que están planteados en la actualidad en relación con el Derecho de la moda son objeto de análisis en la presente obra, dirigida por la Profa. Dra. Isabel ANTÓN JUÁREZ, profesora titular de Derecho internacional privado en la Universidad Carlos III de Madrid. El hecho de que la monografía haya sido impulsada y dirigida por la Profesora ANTÓN JUÁREZ es ya un primer elemento que pone de manifiesto la calidad de la obra. Téngase en cuenta que se trata de una de las mayores expertas en España y en Europa del Derecho de la moda, con una intensa producción científica en la materia, que se ha plasmado en múltiples publicaciones (además de la presente monografía) de gran impacto y que la ha llevado asimismo a impulsar importantes programas formativos en la materia, siendo la directora del «Diploma Vogue uc3m en Derecho de la Moda» y del «Curso Fashion Law: Derecho internacional y Moda», cursos de gran calidad y éxito de los que se han celebrado ya numerosas ediciones.

4. La obra se estructura en cuatro partes, en las que se analizan, sucesivamente, cuestiones de Derecho de marcas y de Derecho de la competencia desleal; problemas relacionados con la distribución, el Derecho de la competencia y la litigación transfronteriza; temas sobre la tecnología y las redes sociales; y, finalmente, los retos a los que se enfrenta el negocio de la moda.

5. La parte dedicada al Derecho de marcas y al Derecho de la competencia desleal consta de tres capítulos. En el primero de ellos, que es el más extenso de la obra y que en realidad constituye en sí mismo un auténtico estudio monográfico (págs. 31 a 101), la profesora ANTÓN JUÁREZ analiza los aspectos materiales y de Derecho internacional privado de la infracción de una marca de la Unión Europea mediante el *upcycling*. Se examinan, así, los casos en los que esta técnica -que consiste en reciclar en todo o en parte productos de moda ajenos, generalmente productos de lujo- puede dar lugar a una infracción del derecho de marca que protege los productos de terceros empleados, así como las estrategias de litigación transfronteriza que pueden adoptarse para reclamar ante una infracción de marca de la Unión. Sin perjuicio de

otras hipótesis que son analizadas en el trabajo, y como destaca la profesora ANTÓN JUÁREZ, los conflictos más numerosos son los que tienen que ver con el agotamiento del derecho de marca y las posibles excepciones a tal principio. Así, tras exponer los requisitos necesarios para que concorra el agotamiento, se analizan con detenimiento (en las páginas 73 y ss.) los casos en que opera la excepción al agotamiento y se produce el renacimiento del derecho de marca: los supuestos de modificación del producto, los casos en que el tercero que realiza el *upcycling* genera la impresión al consumidor de que el producto resultante o el propio tercero mantiene algún tipo de vínculo comercial con el titular de la marca; y las hipótesis en que se produce un daño a la reputación y prestigio de la marca aplicada al producto que se emplea para generar el nuevo producto reciclado. En este último caso, se examinan las condiciones en que puede generar ese daño la escasa calidad de los productos o la forma en que se distribuyen los productos creados con el *upcycling*. Y, sentando todo lo anterior, la segunda parte del trabajo se centra en determinar cuáles son los tribunales de marca de la Unión competentes para conocer de las acciones por infracción de la marca como consecuencia del *upcycling* (págs. 81 y ss.), y en la determinación del Derecho aplicable (págs. 93 y ss.). Por lo demás, estas cuestiones de Derecho internacional privado también son objeto de atención en el segundo capítulo de la obra, centrado específicamente en las infracciones de marca realizadas en Internet, titulado «La infracción de la marca por Internet y Derecho de la Unión Europea: competencia judicial internacional y ley aplicable», obra de Isabel LORENTE MARTÍNEZ, de la Universidad de Murcia.

6. El tercer capítulo, con el que se cierra la parte dedicada al Derecho de marcas y al Derecho de la competencia desleal, está dedicado al estudio de los «Actos de imitación en el sector de la moda», y es obra de la Profesora Doctora Juliana RODRÍGUEZ RODRIGO, acreditada como Catedrática de Derecho Internacional Privado de la Universidad Carlos III de Madrid, reconocida experta, entre otros sectores, en el Derecho de la competencia y en el Derecho de la moda. En su estudio examina los distintos supuestos en que la imitación en el ámbito de la moda se considera un acto ilícito conforme a la Ley de Competencia Desleal (casos en que se produce riesgo de confusión en

el consumidor, supuestos de aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno e hipótesis de imitación sistemática). Todo el análisis se hace a la luz de la jurisprudencia, haciendo referencia a conflictos y resoluciones en la materia. De las conclusiones alcanzadas, cabe destacar especialmente que, tal como recuerda la profesora Rodríguez Rodrigo (pág. 142), «*si la prestación copiada es tendencia, si se ha vulgarizado y ha perdido- o no tiene-, por tanto, su singularidad competitiva, la imitación no puede suponer un riesgo de confusión en el consumidor ni un aprovechamiento de la reputación ajena*».

7. La segunda parte de la obra («Distribución, Derecho de la competencia y litigación transfronteriza») está formada por tres capítulos: a) «El contrato internacional de franquicia en el sector de la moda: particularidades sustantivas y conflictuales», de M.A CEBRIÁN SALVAT, profesora contratada doctora de Derecho internacional privado de la Universidad de Murcia (en el que, tras exponer los rasgos distintivos de la franquicia y su importancia en el sector de la moda, se examinan las particularidades sustantivas del contrato de franquicia internacional en el sector de la moda, con especial atención a los problemas conflictuales); b) «Los contratos de distribución se visten de Prada: derecho de la competencia, restricciones verticales y luxury brands», obra del Prof. Dr. Fernando Díez Estella, Profesor Titular acreditado de Derecho Mercantil de la Universidad Antonio de Nebrija [en el que se estudian los contratos de distribución selectiva, con especial atención a su aplicación en el ámbito de la distribución de marcas de lujo, analizando las restricciones verticales que generalmente se incorporan a estos contratos en ese sector, así como las principales novedades que ha introducido 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], y c) «Sucesión de campañas promocionales y ley de ordenación del comercio minorista: de dónde venimos y hacia dónde vamos», de los abogados F. J GARCÍA PÉREZ y P. IBÁRCENA CALLÍS (en el que se examina la transposición al Derecho interno de la obligación de indicar el precio anterior en todo anuncio de reducción del precio realizado por un comerciante, obligación establecida en el artículo 6 bis de la

Directiva 98/6/CE y de gran interés para los distribuidores minoristas del sector de la moda).

8. Dentro de la tercera parte de la obra, dedicada como ya se ha dicho, a la tecnología y redes sociales, destaca especialmente el excelente estudio de la Profesora Doctora Vanessa JIMÉNEZ SERRANÍA, actualmente profesora de Derecho Mercantil en la Universidad de Salamanca, sobre «"Fashion in the metaverse": protección de la moda "tokenizada", infracciones y remedios». La autora, una reconocida experta en el estudio de los retos que los avances tecnológicos suscitan para el Derecho de la propiedad intelectual, con varias publicaciones de relieve sobre la materia, se ocupa en este capítulo de la protección de las creaciones de la moda y de sus signos distintivos en el metaverso, con especial atención a los tokens no fungibles o NFTs, así como a otros supuestos de tokenización en el sector de la moda (como los F-NFTs, los tokens de utilidad o los tokens híbridos). Y también se estudian diversas cuestiones sobre las infracciones de propiedad industrial e intelectual en el metaverso, incluyendo algunas dificultades procesales para la efectividad de la ejecución de las medidas judiciales acordadas. El estudio de todas estas materias, además de contar con un amplio aparato bibliográfico, se realiza a la luz del análisis de las resoluciones judiciales y administrativas sobre la materia que se han dictado hasta el momento en distintas jurisdicciones.

9. Tras el referido estudio de la Profesora Jimenez Serranía, se incluye una descripción general de algunos problemas que suscita en los EE.UU. la protección de la tecnología por medio de patentes, en el capítulo «Tecnología, patentes y moda», obra de M. Martínez. Sí se centra, en cambio, en el Derecho español y europeo el siguiente capítulo, titulado «Marco jurídico aplicable a la comunicación mediante influencers y últimos avances legislativos», del que es autora la abogada Lucía PALOMINO LÓPEZ. Toda la problemática de los *influencers* es de la máxima importancia en el sector de la moda, por lo que está fuera de toda duda el interés de este capítulo, en el que se examinan los problemas jurídicos relacionados con la protección del derecho a la imagen de los *influencers*, las cuestiones de la publicidad que realizan (con el análisis de toda la problemática sobre publicidad encubierta y los códigos de autorregulación publicitaria en la materia), así como la utilización del *big data* para perfilar a

los destinatarios de la publicidad en general y de la publicidad por medio de *influencers* en particular.

10. La monografía se cierra con un capítulo, que conforma la última parte de la obra, titulado «La regulación del impacto ambiental de la moda: hacia la deseada circularidad», redactado por el abogado José Luis Quintana Cortés, en el que se examinan las distintas iniciativas legislativas europeas y nacionales para intentar reducir la contaminación que genera el modelo actual de *fast fashion* (en especial, la Propuesta de Reglamento

por el que se instaura un marco para el establecimiento de requisitos de diseño ecológico aplicables a los productos sostenibles y la Ley 7/2022, de 8 de abril de residuos y suelos contaminados para una economía circular).

11. Estamos, en definitiva, ante una obra de gran interés y actualidad, que viene a incrementar la cada vez más amplia literatura sobre el Derecho de la moda. Resulta obligada su lectura y manejo habitual para todos los operadores jurídicos del sector.

A. DURÁN AYAGO. *Derechos humanos y método de reconocimiento de situaciones jurídicas: Hacia la libre circulación de personas y familias. Perspectiva internacional y europea*. Aranzadi, Cizur Menor, 2023, 208 pp.
ISBN: 978.84-1162-106-9

AURORA HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ
Profesora titular de Derecho internacional privado
Universidad de Cantabria
ORCID ID: 0000-0002-1376-497X

DOI: 10.20318/CDT.2024.8471

1. El Derecho de familia, tradicionalmente sujeto a la intervención del Estado, está siendo objeto de una transformación sin precedentes en los últimos tiempos. La irrupción de la autonomía de la voluntad en asuntos hasta hace poco indisponibles para las partes (identidad de género, nacimiento, eutanasia, matrimonio, filiación, etc...), el recurso a las técnicas de reproducción humana asistida, el surgimiento de nuevos modelos de familia (especialmente, LGTBIQ), la gran movilidad de personas entre diferentes países propiciada por la globalización y, en su caso, por espacios de integración como la UE, así como las importantes diferencias existentes, aún, entre los Derechos estatales en estas materias, han propiciado el surgimiento exponencial de los tradicionales problemas de DIPr.,- llamado a garantizar en última instancia la continuidad de las relaciones jurídico-privadas internacionales, evitando con ello las situaciones claudicantes-. En este sentido, y parafraseando a K. SIEHR: “*To some extent, you see, this is nothing new*” (Cfr. P. KINSCH, “Recognition in the Forum of a Status Acquired Abroad. Private International Law Rules and European Human Rights Law”, en K. BOELE-WOELKI, T. EINHORN, D. GIRSBERGER & S. SYMEONIDES (EDS.), *Convergence and Divergence in Private International Law. Liber Amicorum Kurt Siehr*, 2010, p. 259).

2. Pero, si bien es cierto que las cuestiones planteadas en nuestros días por las relaciones familiares internacionales no presentan novedad alguna para el DIPr, no lo es menos que la metodología tradicionalmente utilizada para afrontar la solución a dichos problemas se enfrenta a

nuevos retos como puedan ser la incorporación, la garantía y el respeto de los Derechos humanos, tal y como aparecen proclamados en los instrumentos internacionales, principalmente: la CEDH y la CDFUE. Y es, precisamente, en este contexto donde hemos de situar la sugerente y necesaria monografía de la profesora DURÁN AYAGO.

3. Tomando como marco de referencia el respeto a los Derechos humanos, base y fundamento del *estatuto personal*, integrado en su concepción más moderna por las cualidades personales de cada individuo (nombre, identidad de género, estado civil y filiación), el trabajo se estructura en cuatro capítulos. En el primero de ellos, se establecen las bases genéricas sobre las que se asientan los derechos que sustentan y definen a la persona como sujeto de derechos, abordando conceptos como ciudadanía, dignidad, libre desarrollo de la personalidad y respeto a la vida personal y familiar. En el segundo capítulo, eje central del trabajo, se exponen los fundamentos que sustentan el método del reconocimiento de situaciones jurídicas como único mecanismo apto, según la autora, para garantizar la continuidad en el espacio del estatuto personal, respetando así la dignidad de la persona y su identidad jurídica y cultural. Se analiza con solidez la técnica del mutuo reconocimiento seguida en la UE. Pero, también se ofrecen fundados argumentos jurídicos para extender el método del reconocimiento a nivel global, más allá de un espacio de integración. En el tercer capítulo, se analizan pormenorizadamente, los principales casos resueltos tanto por el TEDH como por el TJUE con relación al nombre de las perso-

nas físicas, la identidad de género, la filiación y el matrimonio, con especial mención al concepto de cónyuge. Y todo ello, con el fin de extraer la doctrina jurisprudencial que sirve de base y sustento a ambos Tribunales para garantizar los derechos fundamentales de las personas que circulan entre Estados, garantizando así la estabilidad del estatuto personal. Finalmente, el trabajo se cierra con una exposición de las principales tendencias legislativas propuestas hasta el momento tanto a nivel internacional como estatal para configurar el método del reconocimiento como la técnica más idónea para garantizar el respeto de los Derechos humanos y la estabilidad del estatuto personal.

4. Tradicionalmente, en DIPr el estatuto personal ha sido objeto de un tratamiento puramente conflictual. Y si bien, esta perspectiva ha resultado y sigue resultando plenamente válida a la hora de crear una situación jurídica *ex novo* no se adecua del todo a las relaciones jurídicas válidamente creadas en un país y que pretenden desplegar sus efectos en otro Estado, especialmente cuando se trata de cuestiones que conforman la identidad y el estado de una persona, y que requieren de una continuidad y estabilidad espacio-temporal. Aplicar, en tales supuestos, la norma de conflicto del foro resulta del todo inapropiado en tanto que la situación jurídica ya ha sido creada, tratándose ahora de determinar si procede reconocer o aceptar su validez en el Estado de destino.

5. El método del reconocimiento de situaciones jurídicas como garantía de los Derechos humanos, la libre circulación de personas y la estabilidad del estado civil internacional no deja de ser un “*renouvellement*” o adaptación a nuestros días de la tesis de la *Comitas Gentium*, elaborada por la Estatutaria holandesa en el siglo XVII (representada por: N. BURGUNDIO, P. VOET, J. VOET y U. HUBER), y posteriormente retomada por F. K. SAVIGNY y también por J. STORY y J. H. BEALE, EN EEUU Y A. V. DICEY en Inglaterra bajo la forma de la teoría de los “*Vested Rights*”. De dicha teoría, forjada en su día para justificar la aplicación del Derecho extranjero sin que ello supusiera una intromisión o injerencia en la soberanía del Estado, y que fue objeto de duras críticas en su momento, se desprenden dos importantes aportaciones de las que, a día de hoy, somos tributarios: 1ª) No se trata de aplicar un Derecho extranjero a través de la norma de conflicto sino de admitir o reconocer

en el Estado de destino la validez de un acto o derecho adquirido en otro país al amparo de la Ley de dicho Estado; 2ª) El reconocimiento de la validez de un acto o situación jurídica creada en otro país deriva del Derecho Internacional Público, y, por tanto, es una aceptación obligatoria para todos los Estados que deriva de un orden supranacional (A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo I, 2ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 550 y 551). La referencia al Derecho internacional público bien podría sustituirse actualmente por el Derecho de la UE y/o el Derecho internacional de los Derechos humanos.

6. La UE, a través del TJUE, ha optado por la técnica del “mutuo reconocimiento” de situaciones jurídicas relativas a la persona para conformar el “*espacio europeo de justicia*” (art. 81 TFUE). De tal modo, una vez determinadas las cualidades que identifican a una persona conforme a la Ley aplicable en virtud de la norma de conflicto nacional, los demás Estados miembros están obligados, por el Derecho de la UE, a reconocer las situaciones jurídicas así creadas. Con ello, se garantiza la libre circulación de personas (art. 21 TFUE) y se asegura el derecho a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH y art. 7 CDFUE).

7. Todos los Estados que integran la comunidad internacional deberían estar obligados a respetar los Derechos humanos, reflejándose dicha obligación en la conformación, interpretación y aplicación de las normas que integran su ordenamiento jurídico, incluido el orden público internacional estatal.

8. En cualquier caso, y aunque el método del reconocimiento de situaciones jurídicas se presenta como el más idóneo, por su seguridad jurídica, para garantizar y respetar de los Derechos humanos en el ámbito del estatuto personal, presenta dos límites en cuanto a su aplicación: 1º) La situación jurídica válidamente creada en el extranjero conforme a la ley del Estado de origen debe de presentar una vinculación suficiente con aquél país; 2ª) La situación jurídica que se pretende reconocer no debe contrariar el orden público internacional del Estado de destino.

9. La exigencia de vinculación mínima suficiente de la situación jurídica creada válidamen-

te en el extranjero conforme a la Ley del Estado de origen no es compartida, sin embargo, por la profesora DURÁN AYAGO. En este sentido, y teniendo en cuenta que se trata de cuestiones jurídicas que conforman a la persona en el ejercicio de sus Derechos fundamentales, y partiendo de que no todos los Estados amparan, protegen y garantizan los mismos, podría llegar a considerarse la existencia de lo que la autora califica como *Estados refugio*. Esto es, las personas que no pudieran ejercer sus Derechos fundamentales en el Estado que les resultara más próximo, estarían legitimados para acudir a aquellos países que respetaran los Derechos humanos, aun no presentado vinculación alguna con su territorio, pudiéndose habilitar en tales supuestos un *foro de necesidad*, que dejaría inhabilitado el posible fraude de ley o el *Bad Forum Shopping*. No obstante, y a pesar de ser una propuesta de exquisita brillantez, tendría difícil encaje en aquellas situaciones jurídicas que, pese a afectar a la persona como sujeto de Derecho, implicaran al mismo tiempo la intervención de terceros (caso de la gestación por sustitución).

10. Finalmente, el orden público internacional del Estado de destino de la situación jurídica válidamente creada en el extranjero, ya opere en el ámbito conflictual ya desde el prisma del reconocimiento, ha de estar conformado por los valores y principios esenciales que hacen posible la paz y la cohesión social de un país. Y, sin lugar a duda, los Derechos humanos proclamados en los Convenios y Tratados internacionales en los que un Estado es parte, forman parte de dicho orden público internacional, que bajo ningún concepto puede operar como obstáculo o atentado a la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad y los Derechos humanos.

11. En definitiva, estamos ante una obra de obligada referencia. Un trabajo que, desde el rigor científico y académico al que nos tiene acostumbrados la profesora DURÁN AYAGO, invita a la reflexión sobre cuestiones esenciales de nuestra disciplina, como puedan ser su función y su metodología, pero también sobre cuestiones consustanciales al ser humano: su identidad, su dignidad y su libertad para ser quien quiera ser.

A. ORTEGA GIMÉNEZ. *Smart contracts and private international law*. Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra). 2022, pp. 80.

PABLO M. MELGAREJO CORDÓN
Predoctoral Contractor at the University of Granada

DOI: 10.20318/CDT.2024.8472

1. An absolute reference work and an excellent overview of such a complex subject as *Smart Contracts* and Private International Law.

“Smart Contracts and Private International Law” emerges as the first work in the field of Private International Law to address a topic of significant complexity and undeniable relevance comprehensively and globally, such as Smart Contracts. These intelligent contracts have revolutionized essential aspects of contracting, whether international or not, by introducing an automated and decentralized approach to agreement execution. Built on blockchain technologies, these contracts eliminate the need for intermediaries, executing automatically when pre-established conditions are met, thereby providing transparency and efficiency. Moreover, backed by the cryptographic security of the blockchain, they offer an additional level of trust compared to traditional methods. This innovation has transformed how contracts are approached, accelerating processes, reducing costs, and providing increased security and reliability in commercial and legal transactions.

2. Regarding the structure of the work, Professor Ortega Giménez has artfully crafted a logical framework that allows both experts and novices in the field to gain a comprehensive understanding of the relationship between Smart Contracts and Law, particularly exploring the legal implications of this new type of contracting for Private International Law. Specifically, Professor Ortega’s work is structured in 4 chapters: the first on *Smart Contracts: Evolution, origin, concept and characteristic features*; the second, where he deals with *Concept and*

characteristics of Smart Contracts; the third where he focuses on *The legal nature of Smart Contracts*; and, finally, Chapter 4 where he closes the circle by dealing with the subject of *Smart Contracts. Private international law issues*. The book is accompanied by a *bibliography* on the subject.

3. In the first chapter, dedicated to a brief introduction, there is an exploration of Smart Contracts that details not only their importance but also their exponential growth in international trade, benefiting both international and retail commerce. The author emphasizes two fundamental aspects for understanding the work: 1) the essential role that technology plays in this scenario, and 2) the exponential growth of this technology in contracting and the unstoppable trend of Smart Contract usage in the future. The introduction concludes by outlining the content and distribution of the work that will follow.

4. The second chapter covers the evolution, origin, concept, and essential characteristics of Smart Contracts. Regarding evolution, Professor Ortega reminds us that when thinking of a contract, the conventional perception involves a document containing agreements in the form of clauses, signed by the involved parties. Today, while this type of contracting is still used, there is a growing trend towards automatically executed contracts. The author takes us back to the mid-90s to discuss Nick Szabo, who coined the term Smart Contracts, and David Chaum, who suggested the use of cryptographic protocols to secure these contracts. The well-designed narrative also covers the history

of Bitcoin, Ethereum, Solidity, and the birth of Blockchain. Concerning the concept and characterization of Smart Contracts, the author provides a nuanced understanding of what Smart Contracts are, their advantages and disadvantages, and how they function and apply in the global market. Professor Ortega's vision extends beyond the purely legal realm, encompassing financial services, healthcare, intellectual property, energy services, and public processes. This broad perspective, going beyond the legal domain, is commendable.

5. The third chapter addresses the legal nature of contracts and their legal structure, focusing from a civil law perspective on the typical elements of contracts, emphasizing the novelty of electronic contracts. With careful and accessible language, Professor Ortega takes the reader on an educational journey to understand the validity and effectiveness of electronic contracts and their essential elements, with particular attention to consent and object. Several sections of this chapter are dedicated to contract perfection, the right of withdrawal, and the obligations that arise after an agreement. The chapter concludes with a compilation of basic legal instruments that contain complete or partial regulation of Smart Contracts.

6. The fourth chapter, perhaps the most interesting for private international law scholars, examines two of the three classic areas of Private International Law: international jurisdiction and applicable law. Despite the demonstrated expertise in the purely civil aspects of Smart Contracts in the third chapter, the final part of the work reveals that Professor Ortega is an expert in one of the most complex areas of law: Private International Law.

Regarding international jurisdiction, the applicable legal instrument is the Brussels I bis Regulation, respecting the hierarchical structure of forums. The analysis includes both express and implied submission, as well as the forum of the defendant's domicile and the forum of special jurisdiction outlined in Articles 4 and 7 of the Brussels I bis Regulation, respectively. The issue of consumers is also studied in the Brussels I bis Regulation (Articles 17 to 19) and the Lugano Convention (Articles 15 to 17).

7. Concerning the determination of applicable law, the applicable instrument is the Rome I Regulation. This legal instrument provides the method for determining the applicable law either because the parties have validly chosen a law according to Article 3 or because the parties have not made a choice and the connecting factors of Article 4 of the Regulation must be used. Except for consumers, in which case Article 6 exclusively dedicated to this matter will be applied.

8. Brief but intense, thorough, and straightforward, accurate and rigorous are adjectives that, when combined, perfectly define "Smart Contracts and Private International Law." Anyone seeking an initial understanding not only of the relationship between Private International Law and electronic contracts but also of Smart Contracts in general, would undoubtedly find this work the best available option. Scientific production of this kind is always a reason for gratitude, and in this case, Professor Ortega deserves appreciation for making a complex subject accessible in simple and understandable language with a work like this, rigorous, practical and of scientific depth.

PEDRO A. DE MIGUEL ASENSIO. *Manual de Derecho de las Nuevas Tecnologías. Derecho digital*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor. 2023, 443 pp. ISBN: 978-84-1163-069-6

JOSÉ IGNACIO PAREDES PÉREZ
Profesora titular de Derecho internacional privado
Universidad Autónoma de Madrid
ORCID ID: 0000-0002-2986-2013

DOI: 10.20318/CDT.2024.8473

1. La obra que me ocupa presentar es un compendio con el que su autor, el profesor Pedro A. De Miguel Asensio, pretende ofrecer un análisis de conjunto, pero riguroso, del régimen jurídico en un ámbito en constante evolución, como el sector de las nuevas tecnologías, y todo ello no solo con el objetivo de servir de guía a los operadores jurídicos prácticos implicados en su aplicación o cumplimiento, sino especialmente, y como dato reseñable, para proporcionar una sólida base para quienes se están iniciando durante su formación universitaria de grado en el estudio de los aspectos legales de los nuevos entornos digitales, y para los juristas que pretenden especializarse en este campo. Sobre esta premisa el libro del profesor Pedro A. De Miguel Asensio facilita al lector algunos de los resultados fundamentales de sus otros dos libros: *Derecho Privado de Internet*, 6ª ed., Navarra, Civitas-Aranzadi, 2022 (12612 páginas) y *Conflict os Laws and the Internet*, Cheltenham, Edward Elgar, 2020 (580 páginas). Estas circunstancias explican, como también advierte en la Introducción, la ausencia de referencias bibliográficas y la limitación de las jurisprudenciales, que se encuentran recogidas en esas dos obras que el lector interesado tiene a su disposición.

2. Por lo que a la estructura se refiere, el libro se divide en nueve Capítulos. En el Capítulo Primero, bajo el título “Internet y redes sociales”, el lector encontrará un análisis de los fundamentos de la regulación de Internet, las redes electrónicas y los servicios y plataformas digitales. Concretamente, el autor aborda la caracterización de Internet y los modelos de negocios desarrollados

en constante evolución; los organismos involucrados en la creación de estándares técnicos para el funcionamiento de Internet, con especial atención del papel ICANN; los fundamentos, la asignación y régimen jurídicos de los nombres de dominio; el marco regulatorio de los operadores de telecomunicaciones que proporcionan el servicio de conexión a la Red, y los servicios de comunicaciones electrónicas; las medidas basadas en la neutralidad, la seguridad y el acceso a una Internet abierta; la implicación jurídica de la irrupción de las plataformas en línea y redes sociales, y el papel de la regulación estatal y europea en la ordenación de las actividades en línea.

3. El Capítulo segundo, bajo el título “Servicios digitales”, se ocupa del marco regulador de los servicios de la sociedad de la información, con especial atención de este concepto en el ámbito europeo, determinante del disfrute del criterio de origen de la Directiva de comercio electrónico, respecto de prestadores establecidos en la Unión, y las medidas contra el bloqueo geográfico aplicables a cualquier prestador que dirija su actividad comercial hacia la Unión; la regulación europea y nacional de los servicios de comunicación audiovisual con especial atención de los servicios de intercambio de videos a través de plataforma y los usuarios de especial relevancia (*influencers, streamers,,*); los prestadores de servicios de intermediación y el nuevo régimen horizontal de exención de responsabilidad establecido por el Reglamento europeo de servicios digitales con respecto a los contenidos ilícitos proporcionados por sus usuarios, y la interacción con las normas

de competencia judicial internacional y ley aplicable en relación con las actividades transfronterizas ilícitas en el entorno digital; y el marco normativo europeo en materia de inteligencia artificial, a nivel general y de responsabilidad civil extracontractual.

4. En el Capítulo tercero, “Datos”, el autor analiza el marco normativo y los conceptos básicos en la materia, con especial atención a la caracterización de la protección de datos personales como derecho fundamental, y la delimitación del ámbito de aplicación del Reglamento europeo de protección de datos. Asimismo, aborda los principios relativos al tratamiento de datos personales y las bases jurídicas en que ha de estar fundado el tratamiento; las condiciones para el ejercicio del derecho al olvido y su alcance territorial; el tratamiento de datos personales por redes sociales; los servicios de publicidad y empleo de cookies; el tratamiento de los datos personales en el llamado Internet de las cosas; las transferencias internacionales de datos; la tutela jurídico-pública y privada de los interesados en las reclamaciones transfronterizas; y el régimen normativo europeo en materia de gobernanza e intercambio de datos.

5. El Capítulo cuarto, “Competencia y mercado digitales”, analiza la revisión de la normativa existente en materia de competencia desleal y libre competencia, como la adopción de nuevos instrumentos normativos, para cubrir las necesidades de adaptación de este sector al entorno digital. En particular, tras la transformación de los modelos de negocio y de los actores relevantes, especialmente al hilo de la importancia de los motores de búsqueda y de las plataformas en línea. En esta dirección el autor comienza con el tratamiento de las prácticas comerciales desleales en los instrumentos normativos destinados tanto a la protección de los profesionales que utilizan los servicios de intermediación en línea, como a la protección de los consumidores en sus relaciones con comerciantes. A continuación, se ocupa del tratamiento de la publicidad y las comunicaciones comerciales en los mercados digitales, con especial atención a la publicidad a través de *influencers* en las plataformas de medios sociales. Finalmente, el autor aborda el marco normativo europeo y nacional sobre libre competencia en relación con las prácticas colusorias y el abuso de posición dominante. En este contexto, se analiza el régimen de

obligaciones específicas, que establece el nuevo Reglamento europeo de mercados digitales, a los grandes prestadores de servicios digitales, a los que califica como “guardianes de acceso”, de cara a hacer frente a los desequilibrios económicos derivados de su posición en el mercado y a sus posibles prácticas desleales. El Capítulo cuarto lo cierra el autor con el análisis de la aplicación privada de las normas sobre competencia, y la interacción con las normas de Derecho internacional privado frente a prácticas ilícitas transfronterizas.

6. En el Capítulo quinto, “Bienes inmateriales: propiedad industrial”, se aborda la protección de la innovación y los activos inmateriales, incluyendo secretos empresariales, patentes, nombres de dominio y marcas, en la economía digital. Dicho Capítulo comienza con el tratamiento de la tutela de las innovaciones tecnológicas fruto del Internet de las cosas a través del sistema de patentes, y las bondades de dicho sistema ante la imposibilidad práctica de explotarlas bajo secreto empresarial, y la controvertida concreción de los límites para patentar invenciones implementadas en ordenador e inteligencia artificial a la luz de normativa europea y española en la materia. Asimismo se analiza el régimen jurídico de los secretos empresariales como vía para la protección de algoritmos e inteligencia artificial, y un tratamiento especial se reserva al estudio del régimen jurídico del derecho de marca y la idoneidad de dicho derecho de propiedad industrial en la comercialización de bienes en múltiples mercados, especialmente en los mercados electrónicos, y para evitar la aparición de ciertas prácticas que pueden plantear relevantes cuestiones de responsabilidad por infracción de marca por el uso de marcas de terceros como palabras clave en servicios publicitarios de los motores de búsqueda, como metaetiquetas, en situaciones en las que la reproducción en línea del contenidos de anuncios se produce sin el consentimiento del anunciante, o como consecuencia de su uso en relación con los registros abusivos de nombres de dominio. Finalmente, el Capítulo quinto se cierra con el examen de los mecanismos de tutela judicial frente a las violaciones de derechos de propiedad industrial, incluyendo la dimensión internacional o transfronteriza.

7. El Capítulo sexto, “Derechos de autor y derechos afines”, se centra en los problemas que plantea el desarrollo tecnológico en el marco del

derecho de la propiedad intelectual en sentido propio. El enfoque que toma el autor al respecto parte del alcance de la protección de los programas de ordenador, las bases de datos, obras multimedia y sitios web, para después abordar la necesaria adaptación de la regulación para mitigar los riesgos que la tecnología digital plantea con respecto a los derechos de explotación (reproducción, comunicación al público, distribución) y los límites de los derechos exclusivos, y el aprovechamiento de las nuevas medidas tecnológicas para las entidades de gestión de derechos. Como el anterior, el autor cierra Capítulo sexto abordando los mecanismos de tutela judicial frente a las violaciones de derechos de propiedad intelectual en el entorno digital, incluyendo también aspectos internacionales.

8. En el Capítulo séptimo, “Identificación electrónica, firma electrónicas y otros servicios de confianza”, se escruta el régimen normativo europeo en materia de identificación electrónica, que asegura la interoperabilidad transfronteriza en el seno de la Unión de las identificaciones nacionales, así como el reconocimiento y aceptación mutuos entre los Estados miembros de los medios de identificación electrónica; que asegura un marco jurídico para las firmas electrónicas, los sellos electrónicos, los servicios de entrega electrónica certificada y la autenticación de sitios web; la eficacia probatoria de la firma electrónica como medio de prueba documental de los soportes electrónicos; y un régimen preciso de los requisitos y la responsabilidad de los prestadores de servicios de confianza.

9. El Capítulo octavo, “Contratación”, lo reserva el autor al estudio de la contratación electrónica partiendo de la caracterización de este tipo de contratos y el marco normativo de carácter fragmentario y sectorial, especialmente contratos

de consumo, aplicable sobre aspectos muy significativos de dichos contratos. Se analiza la validez y eficacia de los contratos electrónicos, el alcance contractual de las declaraciones negociables en sitios web, la perfección del contrato y el error en la contratación, condiciones generales de la contratación, el derecho de desistimiento y el régimen de conformidad de los bienes entregados y de los contenidos o servicios digitales suministrados. El presente capítulo lo cierra el autor, habida cuenta del carácter típicamente internacional de los contratos electrónicos, con un análisis de las cuestiones de competencia judicial internacional y ley aplicable, y los mecanismos alternativos de solución de controversias.

10. El libro se clausura con el Capítulo noveno, “Servicios de pago y criptoactivos”, en el que el autor se ocupa del marco normativo europeo en materia de servicios de pago a través de medios electrónicos, y su transposición al ordenamiento jurídico español, la relevancia del dinero electrónico como medio de pago y su regulación, incluida la que afecta las entidades emisoras de dinero electrónico, y el régimen jurídico de los criptoactivos, o representaciones digitales de valor o derechos que pueden transferirse y almacenarse electrónicamente mediante la tecnología *blockchain*.

11. En conclusión, el libro constituye obra absolutamente imprescindible para quien desee alcanzar una visión completa, sistemática y razonada del régimen jurídico en el marco del sector digital. Una obra de referencia para el operador práctico, que se encuentra ante una realidad jurídica fuertemente marcada por los profundos cambios legales que genera la vertiginosa evolución tecnológica y, a su vez, para los futuros juristas a los que facilita el acceso al estudio de los diversos aspectos legales de los nuevos entornos digitales en línea.

I. ZURITA MARTÍN y M.D. CERVILLA GARZÓN (Dirs.). *Identidad islámica y orden público en una sociedad inclusiva*. Aranzadi, Cizur Menor, 2023.
ISBN: 978-84-1163-064-1

ANDRÉS RODRÍGUEZ BENOT
Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad Pablo de Olavide
ORCID ID: 0000-0002-3361-0556
Researcher ID: N-8140-2016

DOI: 10.20318/CDT.2024.8474

1. Editar y dirigir una obra colectiva hodierna añade, a la laboriosidad y mérito de estas tareas, un plus en el caso de que la misma verse sobre un tema transversal y multidisciplinar. Es el caso señalado de la presente que, bajo una rúbrica amplia, se extiende a áreas como la Sociología, la Antropología, la Religión, la Historia y, naturalmente, el Derecho. La rúbrica en cuestión viene definida por dos instituciones complejas *per se*: la identidad islámica como ámbito material objeto de la investigación por una parte y el orden público como prisma funcional desde el que abordarlo por otra. A lo que se añade una acotación que cubre y condiciona el análisis combinado de ambos elementos: la sociedad inclusiva de nuestro tiempo. Esto expuesto, el objeto de este libro se configura “en aras de buscar los vehículos de entendimiento necesarios en sociedades multiculturales, que consigan respetar los rasgos distintivos islámicos sin provocar una brecha en nuestro sistema jurídico y en nuestras propias concepciones sociales y constitucionalmente irrenunciables” (p. 25).

2. Al penetrar en el contenido de esta extensa obra se aprecia de entrada una dilatada variedad de disciplinas, que la enriquecen sobremanera. Con una lógica irreprochable, se abre de capa con una delimitación de la identidad islámica propiamente dicha con sendos trabajos de orden meta jurídico: “Un enfoque sociológico-antropológico a la(s) identidad(es) islámica(s)” (M. IBÁÑEZ ANGULO) y “Matrimonio e indumentaria, elementos conformadores de la identidad islámica” (J.A. ALBERCA DE CASTRO); a los que hemos de añadir otros dos, desde esta óptica generalista, ubicados a lo largo de la misma como son “Los derechos

fundamentales como límite a prácticas religiosas y culturales” (V. GARRIDO MAYOL) y “Las mezquitas como signo de integración de la comunidad musulmana en nuestra sociedad” (J. ALFARO BERENGUER). No menos interés ofrecen sendas colaboraciones de naturaleza histórica, cuales son “Limitación de derechos y prejuicios hacia los libertos en la antigua Roma” (E. PENDÓN MELÉNDEZ) y “La identidad islámica en la historia constitucional marroquí” (C. CARNERO JIMÉNEZ).

3. Seguidamente, en lo que concierne a los trabajos puramente jurídicos, la vastedad de aportaciones y de matices aconsejan afrontar una clasificación funcional delimitando el Derecho interno y frente al Derecho internacional.

4. En cuanto al Derecho interno, hemos de manejar conjuntamente la doble distinción entre el sistema español y los sistemas extranjeros por un lado y las distintas instituciones materiales por otra. En lo que atañe al Derecho patrio, más concretamente en Derecho de familia, señalaremos los trabajos “El matrimonio *urfi* ante el Derecho español” (I. VIVAS TESÓN) y “El papel de la *kafala* en el ordenamiento jurídico español y el derecho a la vida en familia de los menores” (L.I. PADILLA ESPINOSA). En el ámbito laboral, empresarial y migratorio, la presente obra nos ofrece los siguientes registros: “La diversidad cultural en la empresa: La utilización del velo islámico en el trabajo” (D.T. KAHALE CARRILLO), “La injerencia de las prácticas e instituciones propias de la identidad islámica en el tiempo de trabajo” (C. JOVER RAMÍREZ), “Inserción sociolaboral e identidad islámica en jóvenes migrantes no acompañados

en Andalucía” (J.D. GUTIÉRREZ SÁNCHEZ) y “Los preceptos del Ramadán y la prevención de riesgos laborales. Verdades, mitos y recomendaciones de seguridad” (R. GARCÍA GARCÍA). En lo que se refiere a los sistemas extranjeros, esta atractiva obra incluye los trabajos “Fronteras culturales y religiosas. El ordenamiento jurídico italiano antes de la identidad islámica” (A. CORDIANO y V. ZAMBRANO), “Islam, derecho matrimonial y el ordenamiento jurídico de Inglaterra y Gales” (J. GARCÍA OLIVA), “El repudio en el derecho de familia islámico. En particular, en los códigos de familia de Túnez (1956), Marruecos (2004) y Jordania (2010)” (M.D. DOLORES CERVILLA GARZÓN), “La custodia y la tutela de menores en el Derecho islámico: análisis de las instituciones de la *Hadana*, la *Wilaya* y la figura del *Wali*” (A. NIETO CRUZ) y “Algunas reglas esenciales de las sucesiones en los Derechos islámicos. Su posible colisión con el principio de igualdad y no discriminación” (M. CASTILLA BAREA). Acertadamente también se incorpora una colaboración de Derecho procesal titulada “Medios de solución extrajudicial de conflictos sobre la base del respeto a las instituciones islámicas” (J. SÁEZ GONZÁLEZ).

5. Especial atención concederemos a los trabajos directamente relacionados con el Derecho internacional privado, más específicamente con el orden público internacional, entendiendo por tal el conjunto de valores considerados esenciales para una sociedad en un momento dado hasta el punto de que no se admite su derogación por normas foráneas o por resoluciones extranjeras. Con una visión global de esta institución hallamos la fundamental aportación “Orden público internacional y europeo: perspectiva de Derecho internacional privado y comparado” (Á.M. BALLESTEROS BARROS), en la que brillantemente, partiendo del concepto general de orden público internacional, se afronta la construcción de un orden público europeo para seguidamente proyectarlo en las vertientes tanto de exclusión de la Ley aplicable como del reconocimiento en el estatuto personal, familiar y sucesorio. A continuación, hallamos diversos trabajos específicos como son “Orden público y Reglamento 1259/2010: reflexiones acerca del art. 10” (G. ESTEBAN DE LA ROSA), donde la autora estudia con su acostumbrada perspicacia una norma tan peculiar como compleja; “El concepto de orden público en el Reglamento sobre responsabilidad parental, en el Reglamento de alimentos

y en el Reglamento de sucesiones” (A. MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA), en que la profesora de la Universidad Hispalense efectúa un atinado análisis comparado de la figura en estos tres exitosos instrumentos de la UE; “El orden público internacional en la más reciente práctica jurisprudencial portuguesa” (H. MOTA), trabajo en el que nuestra colega lusa expone de manera atractiva, clara y precisa el *status quaestionis* en el país vecino en las relaciones familiares y sucesorias; “La aplicación judicial de la excepción de orden público internacional en casos de poligamia” (I. ZURITA MARTÍN), en que la codirectora de la obra efectúa un interesante análisis jurisprudencial de la figura en ámbitos como la nacionalidad, las concesiones de visado o la pensión de viudedad; y por fin, como remate a este bloque, “Interpretación del orden público internacional en el Derecho de sucesiones de la *Mudawana* 2004 en una sociedad inclusiva multicultural” (L.A. PÉREZ MARTÍN), donde el lúcido profesor canario disecciona con bisturí jurídico las instituciones jurídicas sucesorias musulmanas que provocan un conflicto con el orden público internacional español y aquellas que no.

6. La obra recensionada en estas líneas merece, en su conjunto, una valoración excelsa. En primer lugar, desde una óptica personal, por ser reflejo fiel del fructífero proyecto FEDER-UCA18-105497, cofinanciado por el programa operativo FEDER 2014-2020 y por la Consejería de Universidad, Investigación e Innovación de la Junta de Andalucía, acreditando así la relevancia de la inversión pública en la investigación jurídica por el impagable retorno que ésta provoca a la solución de los problemas de la sociedad de nuestro tiempo. En segundo término, desde un ángulo subjetivo, la calidad de la obra sobresa por el sobresaliente elenco de autores reunidos en combinación clarividente de investigadores de perfil tanto júnior como sénior. Seguidamente, desde una perspectiva sustantiva, es asimismo de destacar la plausible integración de los planos interno (español y comparado) e internacional del objeto de estudio, lo que permite obtener una visión global e integral del mismo en todas sus aristas. Por fin, en la estructura, metodología, tratamiento de los temas y elección de los mismos se aprecia la mano sabia y experimentada de las dos reconocidas Catedráticas de Derecho civil de la Universidad de Cádiz que dirigen la obra apoyadas en los coordinadores C. LÓPEZ SUÁREZ y el ya citado A. NIETO CRUZ.

RUIZ SUTIL, CARMEN. *Las violencias de género en entornos transfronterizos. Interconexión de las perspectivas de extranjería, asilo y del derecho internacional privado*. Dykinson, Madrid, 2023.
ISBN: 978-84-1170-444-1

JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO
Profesora Titular (acreditada a Catedrática) de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid
ORCID ID: 0000-0002-5896-983X

DOI: 10.20318/CDT.2024.8475

El título de la monografía de *Carmen Ruiz Sutil* invita a la lectura de la obra inmediatamente. Hablar de *violencias de género*, en plural, despierta la curiosidad por saber a qué se refiere la autora. Después, cuando alude a la *interconexión de las perspectivas de extranjería, asilo y derecho internacional privado*, parece que se despeja la duda de ese plural pero hasta que no se lee la obra no se puede estar seguro/a de esta conclusión. El tema, que analiza magistralmente *Carmen Ruiz Sutil*, merece una reflexión y un reconocimiento a la autora por abordarlo desde las tres perspectivas mencionadas, haciendo mucho más complejo su estudio. La autora no se limita a tratarlo desde la disciplina propia, el Derecho Internacional Privado, sino que se atreve a añadir esas otras visiones de Derecho Internacional Público y Derecho Administrativo, cual profesora humanista que quiere aportar una visión holística al problema. Desde esta perspectiva, el objeto de estudio en la monografía es la violencia de género de las mujeres extranjeras, quienes, por el hecho de tener esta condición, son especialmente vulnerables en estas situaciones. Tal como indica Teresa Peramato Martín, Fiscal de Sala contra la violencia sobre la mujer, en el Prólogo del libro, “... se deduce claramente de una sobreexposición de las mujeres extranjeras a la violencia de género y una especial vulnerabilidad de estas víctimas y de sus hijas e hijos cuya causa debe buscarse en variables socio estructurales como son, entre otras, la situación de irregularidad administrativa en España, la dependencia económica del agresor; la ocupación en trabajos más precarios, la carencia de redes sociales de apoyo, las barreras idiomáticas y el desconocimiento de nuestra legislación”. El enfoque que

adopta la autora en el estudio de esta temática es el *gender mainstreaming*, esto es, aplicar la perspectiva de género a la normativa reguladora de las diferentes situaciones por las que puede tener que pasar esa mujer extranjera que sufre violencia de género; no sólo ella, también sus hijos e hijas. Con todos estos ingredientes, el menú que nos presenta la autora es de alta cocina, con un primer Capítulo dedicado al Derecho de extranjería y la protección que brinda a la víctima de violencia de género. Seguimiento de dos más en los que se aporta la visión internacionalprivatista en relación con el divorcio y la responsabilidad parental, en el segundo Capítulo, y la sustracción internacional de menores, en el tercer y último Capítulo de la monografía.

Comenzando con el primer Capítulo, la autora desgana todas y cada una de las situaciones en las que puede encontrarse una mujer extranjera víctima de violencia de género y las escasas respuestas que aporta el Derecho de extranjería y asilo a estos escenarios que se conforman, añadiendo al elemento de extranjería, el factor de la violencia de género. Desde el ángulo del Derecho de extranjería y asilo, la autora propone esa visión de género que ya aporta el Convenio de Estambul, con la que redefinir los derechos humanos aplicados a las mujeres extranjeras refugiadas cuando solicitan asilo por motivo de género.

En el Capítulo segundo se analiza la normativa aplicable al divorcio y a la responsabilidad parental de las mujeres extranjeras en España y se apuesta por una interpretación *gender mainstreaming*, no sólo en relación con la mujer migrante, también, con respecto a los hijos e hijas a la hora de valorar la responsabilidad parental. De esta manera, en este escenario en el que la mujer extran-

jera, que ha denunciado en vía penal la violencia de género sufrida, solicita el divorcio y la responsabilidad parental de los hijos e hijas, las normas de Derecho Internacional Privado aplicables no se encuentran adaptadas a las exigencias internacionales y europeas en esta materia, exigencias que pasan por la igualdad entre el hombre y la mujer. La normativa de producción interna española sí que se ha consolidado como una de más avanzadas de nuestro entorno en este ámbito, sin embargo, si acudimos al entorno supranacional, quedan muchos pasos por avanzar en este objetivo de igualdad. Un ejemplo de ello es la refundición del Reglamento 2201/2003 que ofreció la oportunidad de incorporar la perspectiva de género a su contenido y que, lamentablemente, viendo el actual Reglamento 2019/1111, se comprueba no ha sido, que el legislador ha dejado pasar esa ocasión de modernizar la norma con la *gender mainstreaming*. En su marco, los tribunales competentes para conocer del divorcio podrían ser los españoles pero los determina utilizando foros asépticos a esta realidad de la violencia de género. Después, una vez que se sabe que los órganos jurisdiccionales competentes son los españoles es cuando la normativa procesal nacional dispone que los juzgados de violencia sobre la mujer, ante los que se ha denunciado el maltrato, deben ser los competentes para conocer también de este asunto civil como es el divorcio. En cambio, si el tribunal competente no fuera español, estaremos haciendo que la mujer tenga que salir del Estado que le está prestando protección y tenga que desplazarse, posiblemente, al país donde se encuentra el agresor, para conseguir el divorcio. En esta situación, la autora propone que el Reglamento Bruselas II ter incorpore unas correcciones con las que se considere estas situaciones de violencia de género como situaciones con parte débil necesitada de protección, a semejanza de lo que hace el legislador europeo cuando regula de manera particular los contratos de seguros, consumidores y trabajadores.

En relación con la responsabilidad parental de los hijos y las hijas, *Carmen Ruiz Sutil* pone el acento en la importancia de la protección de estos menores y en reforzar el principio del interés superior de niño/a para interpretar la normativa en el caso particular con este sentido. En este ámbito, en el sector de la ley aplicable, el Convenio de La Haya de 1996 indica que el ordenamiento rector en esta cuestión de la responsabilidad parental es la ley del foro, la cual, siendo los tribunales

españoles los competentes, será el ordenamiento español. Normativa que, si bien su elaboración e interpretación se encuentran inspiradas por este principio del interés superior del menor y reconoce a los hijos e hijas de la víctima de violencia de género como víctimas, también, en estos casos -Ley 8/2015-, sin embargo, en opinión de la autora, no es suficiente porque sigue entendiendo que el progenitor maltratador puede ser un buen padre para sus hijos e hijas; consideración que no comparte la autora.

Por último, en el Capítulo dedicado a la sustracción internacional de menores, se alude al Convenio de La Haya de 1980 y, de nuevo, al Reglamento 2019/1111 que remite al Convenio y complementa el contenido en esta materia con regulación adicional. En ambos casos, en este contexto de la sustracción internacional de menores sí que se interpretan los textos desde la perspectiva de género. Así, el motivo para denegar el retorno del menor consistente en el grave riesgo de peligro físico o psíquico para él o ella o el hecho de ponerle en una situación intolerable si regresa a su país de residencia habitual, se ha aplicado en estos casos de violencia de género en los que es la madre maltratada la que huye del país de su residencia habitual y se lleva a su hijo o hija con ella. El Reglamento alude expresamente a los casos de violencia de género como contexto de una sustracción internacional de menores. Como no podía ser de otra manera, ya que, no debemos olvidar que cada vez es mayor el porcentaje de sustracciones en las que la sustractora es la madre que se lleva a sus hijos e hijas huyendo de una situación de violencia de género.

Es una obra que invita a la reflexión. *Carmen Ruiz Sutil* ha sabido transmitir la pasión con la que aborda esta temática en la que late la injusticia que sufren estas mujeres extranjeras por el sólo hecho de ser mujeres y encontrarse, así, en una situación de debilidad con respecto a su agresor. La autora nos pone delante del espejo para que nos veamos a nosotros y nosotras mismas como personas que, también, podemos hacer algo, aunque sea poco, para luchar contra esta situación. Esto es lo que, seguro, pensó *Carmen Ruiz Sutil* cuando eligió esta línea de investigación, pensó en cambiar, desde su posición, la realidad en esta materia, realidad que no le gusta -y se nota-, respecto de la que, como dice en la monografía, “*luchar por los derechos de las mujeres y la infancia es batallar por garantizar los derechos de toda la ciudadanía*”.

JORQUI AZOFRA, MARÍA. *Responsabilidad por los daños causados por productos y sistemas de inteligencia artificial*. Dykinson, Madrid, 2023
ISBN: 978-84-1170-437-3

JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO
Profesora Titular (acreditada a Catedrática) de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid
ORCID ID: 0000-0002-5896-983X

DOI: 10.20318/CDT.2024.8476

El tema objeto de estudio en esta monografía es claramente pertinente. La responsabilidad civil por los daños causados por productos y sistemas de inteligencia artificial ha sido objeto de reciente regulación por varias normas europeas, todas ellas todavía en versión de Propuesta. Se trata de la Propuesta de Reglamento europeo sobre inteligencia artificial -Ley de Inteligencia Artificial- (21 abril 2021), la Propuesta de Directiva sobre responsabilidad en materia de IA (28 septiembre 2022) y la Propuesta de Directiva sobre responsabilidad civil por productos defectuosos, que sustituirá a la actual Directiva 85/374/CEE (28 septiembre 2022). Si bien, la primera norma no se ocupa de la responsabilidad civil, se preocupa de que la tecnología en Europa sea fiable y segura y comporte el menor riesgo posible para los ciudadanos, pero no regula las indemnizaciones que deban recibir las víctimas cuando estos riesgos se convierten en daños. De esto último se encargan las dos Propuestas de Directiva mencionadas.

La inteligencia artificial es una realidad con la que convivimos, que aporta muchas ventajas y beneficios pero que, también, puede suponer peligros e inconvenientes si no se encuentra bien y claramente regulada. Esto es precisamente lo que trata de hacer la autora en la monografía, poner luz en la responsabilidad civil por los daños causados por la inteligencia artificial, explicando las normas existentes en la materia y aclarando cuándo se aplicará cada una de ellas y con qué contenido.

Antes de ello, lo primero que hace *María Jorqui Azofra* es exponer el contexto sobre el que va a enfocar su estudio. Es muy conveniente, y se agradece, que detalle qué es la inteligencia artificial en el apartado II de la monografía. La auto-

ra, tomando, entre otras, la definición del Grupo de Expertos de Alto Nivel sobre IA creado por la Comisión Europea, indica que “*El término inteligencia artificial (IA) se aplica a los sistemas que manifiestan un comportamiento inteligente, pues son capaces de analizar su entorno y pasar a la acción –con cierto grado de autonomía- con el fin de alcanzar objetivos específicos*”. *María Jorqui Azofra* ya desde el principio de la obra, hablando de uno de los presupuestos de la responsabilidad civil derivada de la IA, no se desvía de su enfoque y define los robots y la inteligencia artificial clasificando los primeros desde la perspectiva de la posible responsabilidad civil a la que pudieran dar lugar. Así, diferencia entre robots cerrados y robots abiertos, siendo estos últimos los que más problemas pueden provocar en el marco de la responsabilidad civil al ser estos aquellos que no tienen limitada su funcionalidad, *aceptan software de terceros y son modulares en diseño de hardware*. Estos robots abiertos pueden provocar accidentes en escenarios más amplios que la robótica cerrada con funcionalidad establecida. Incorporar la IA a los robots supone subir un peldaño más en la escalera que conduce a la complejidad máxima en esta materia. Cuanto más autónomo es un robot más impredecibles serán sus acciones y más difícil será determinar quién debe responder por los daños ocasionados por ellos.

En el apartado III la autora explica la protección que brinda la normativa frente a la inteligencia artificial, poniendo de manifiesto los desafíos que tiene el legislador en materia de seguridad en el uso de sistemas de IA y de responsabilidad civil en este escenario, a la hora, por ejemplo, de calificar el sistema de inteligencia artificial como

producto o servicio cuando de un programa informático se trata. En este sentido, la Propuesta de Directiva en materia de responsabilidad civil por daños derivados de la inteligencia artificial considera que los programas informáticos son productos, a los efectos de su aplicación, con independencia de que se encuentren como componente en otro producto.

Una vez delimitado el contexto, los apartados IV, V y VI son los que recogen el núcleo de la investigación. En ellos, la autora se centra en analizar la normativa aplicable, y la que lo será en el futuro, y cuál debería ser su interpretación en estos casos en los que el hecho ilícito causante del daño ha sido realizado por un sistema de inteligencia artificial. *María Jorqui Azofra* expone las complicaciones que supone para la determinación de la responsabilidad civil el hecho de que el perjuicio derive de la IA. Así, entre otras, trayendo a este punto la clasificación que hizo la autora en las primeras páginas de la monografía de los robots y quedándonos con aquellos que son autónomos y, por ello, impredecibles, uno de los problemas que proyectan en este ámbito es la determinación del responsable del daño causado por ellos. Para la actual Directiva de responsabilidad civil por productos defectuosos, el responsable es, con carácter general, el productor -responsabilidad objetiva- pero, debido a la autonomía de la máquina nos podríamos preguntar hasta qué punto se puede considerar responsable al productor del sistema cuando él no ha previsto la acción del robot que ha generado el daño. La Propuesta de Directiva en esta materia, adaptada ya a la inteligencia artificial, beneficiando al perjudicado, mantiene la responsabilidad de todos los fabricantes o productores del sistema de inteligencia artificial, así como, la forma solidaria en la que responden. *María Jorqui Azofra* demuestra su dominio sobre las nuevas tecnologías y realiza un análisis riguroso y pormenorizado de los diferentes aparatos o máquinas que podrían infligir el daño y su consideración como producto en el marco de la actual Directiva de productos defectuosos y en el de la futura. Es digno de admiración el conocimiento que la autora manifiesta del objeto que origina el daño, ya que, precisamente éste es lo que hace particular este estudio y lo distingue del resto de supuestos de responsabilidad civil por producto defectuoso y sólo un conocimiento profundo del mismo permite hacer un análisis serio y detallado de toda la casuística que puede plantear la inteligencia artificial en este marco.

Seguimos en el apartado IV en el que la autora estudia de manera brillante los tres elementos que conforman la responsabilidad civil y que deben ser probados por la víctima o demandante. Estos elementos son el hecho ilícito, el daño y la relación de causalidad, cuya prueba, la de los tres, se torna complicada en este entorno de la inteligencia artificial. Consciente de ello, el legislador, en la Propuesta de Directiva por productos defectuosos, adopta una serie de medidas para ayudar a que la víctima pueda probar estos elementos, entre otras, la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales puedan presumir el defecto del producto o la relación de causalidad entre el producto y el daño, o ambos, cuando la víctima se encuentre con dificultades excesivas en la prueba por la complejidad técnica o científica del producto (art. 9.4).

Volviendo a los tres elementos que conforman la responsabilidad civil, en el marco de la Directiva de productos defectuosos, el hecho ilícito es el defecto, el cual, en este entorno, es la falta de seguridad y no la de calidad o conformidad del producto con el uso previsto, como destaca la autora. En cuanto a la relación de causalidad, tratándose de sistemas de inteligencia artificial, sobre todo si hablamos de aquellos *tecnológicamente complejos y altamente conectados*, la prueba se puede convertir en especialmente difícil. Tal como explica la autora, con ejemplos que permiten una mejor comprensión, *“hay causalidad cuando el daño no hubiera ocurrido de no haberse realizado la conducta, por acción u omisión del demandado. [...] en un contexto donde existen varios sistemas de IA, con capacidad de aprendizaje, que toman decisiones autónomas en función de los datos disponibles y recopilados de diversas fuentes externas, y que interactúan con otros dispositivos. Es posible que, en este contexto, donde existe una pluralidad de actividades, pueda argumentarse que ninguna actividad es por sí sola suficiente para producir el daño o, en su caso, que todas lo son”*. En relación con el daño, por último, la autora adapta el concepto recogido en la Directiva de productos defectuosos a la era digital, destacando que, por ejemplo, el hecho de exigir que los daños materiales, para que sean indemnizables, hayan sido sufridos por el uso privado que realice la víctima del producto no encaja en la utilización, comercial y privada, a la vez, que hacemos habitualmente de los productos con inteligencia artificial. También, que en el concepto

de daño indemnizable la Propuesta de Directiva de productos defectuosos incluye la pérdida o corrupción de datos pero debería haber considerado también dentro de esta noción otros daños propios de la IA como los derivados de *cuestiones de privacidad o ciberseguridad*.

En el apartado V trata las cuestiones relativas a la prescripción de la acción de responsabilidad civil y, en el VI, la exclusión o limitación de la responsabilidad en estos casos.

Por último, antes de exponer las Conclusiones, en el apartado VII realiza una especial consideración a la transparencia.

La monografía de *María Jorqui Azofra* es rigurosa y solvente, sinceramente recomendable. La autora, sobre un lienzo en blanco, va dibujando cada uno de los agentes y objetos que conforman el escenario actual de la inteligencia artificial y la responsabilidad civil que se pueda solicitar por los daños causados por ella. Lo hace de tal manera que el lector se comporta como el observador de la obra de arte en la que, poco a poco, se va completando el paisaje y va descubriendo con asombro lo bonito que le parece. Así puede ser el Derecho, fácil de entender y objeto de disfrute, cuando se explica bien, tal como hace la autora.

ROMERO MATUTE, YERAY. *El arbitraje internacional deportivo. La acción de nulidad, el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales del CAS/TAS*. Aranzadi, Navarra, 2023. ISBN: 978-84-1163-602-5

JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO

Profesora Titular (acreditada a Catedrática) de Derecho Internacional Privado

Universidad Carlos III de Madrid

ORCID ID: 0000-0002-5896-983X

DOI: 10.20318/CDT.2024.8478

La monografía de *Yeray Romero Matute* analiza una realidad cada vez más presente como es la justicia en el ámbito deportivo. El sector del deporte es uno de los pocos entornos que disfrutan de órganos arbitrales creados por ellos mismos para dirimir los litigios que surgen de las relaciones contractuales que se celebran en este ámbito. Es verdad que existen muchos tribunales arbitrales que resuelven controversias en materia mercantil, como pueden ser estas relativas a las disputas que surgen de contratos deportivos, sin embargo, las autoridades de este sector se han dotado de instituciones propias a las que poder acudir en estas situaciones caracterizadas por ser, fundamentalmente, internacionales. Así es, el Tribunal de Arbitraje Deportivo (CAS/TAS), como muy bien explica el autor en el Capítulo 2, tiene su origen en el marco del COI -Comité Olímpico Internacional- en un escenario de aumento de los litigios internacionales en el ámbito deportivo y de inseguridad provocada por la intervención de la justicia ordinaria en estos asuntos estrictamente deportivos. Esta situación llevó al presidente del COI en ese momento, año 1982, a proponer la creación del Tribunal de Arbitraje Deportivo, con sede en Suiza, para conseguir más celeridad en la justicia y todas las garantías para los deportistas. El CAS pasó por diversas reformas hasta alcanzar una auténtica autonomía del COI y actualmente tiene sede, no sólo en Lausana (Suiza), también, en Sídney (Australia) y Nueva York (EEUU).

Como vemos, se trata de un tribunal arbitral internacional que se ocupa de resolver controversias del ámbito deportivo en general. Ello no obsta para que las federaciones de concretos deportes puedan tener, a su vez, sus propios tribunales, como ocu-

rría con la FIFA, la cual, como indica el autor, se adhirió al CAS en el año 2002, por el mal funcionamiento de su propio tribunal, dotando, de esta manera, de más relevancia a nivel internacional al Tribunal de Arbitraje Deportivo.

Al tratarse, el CAS, de un tribunal arbitral, como el resto de órganos de arbitraje convive con los jueces. El autor analiza la relación entre ambas vías de solución de controversias en la Introducción y concluye que, si bien son caminos alternativos a disposición del litigante, lo habitual es que, cuando se trata de una controversia que surge en el marco de una competición nacional, se utiliza la vía judicial. Y, en cambio, cuando se trata de una disputa en relación con una competición internacional, el CAS es el órgano al que se suele acudir. Pero es evidente que los tribunales judiciales deben poder conocer de todo aquello en lo que tengan competencia, haya o no otro tribunal ante el que poder interponer la demanda. La diferencia entre iniciar la vía judicial o la arbitral radica en la voluntad de las partes. En efecto, la segunda sólo se activará si las partes así lo han acordado. El convenio arbitral, por tanto, como acuerdo de los contratantes por el que decide que los litigios que surjan de su relación jurídica se someterá a arbitraje, es fundamental. De su existencia y validez depende que se active esta vía extrajudicial de resolución de litigios. El autor dedica el Capítulo 1 a explicar con detalle las características del convenio arbitral y los requisitos que deben concurrir para que sea válido. Y, en el estudio, pone de manifiesto, después de analizar la jurisprudencia en materia de nulidad de laudos arbitrales del CAS, la existencia de una tendencia a *forzar* la voluntad del deportista por parte de la federación. Las federaciones han incorporado esta

sumisión al arbitraje deportivo en sus normas, bajo la creencia de que, así, los deportistas no podrían acudir a los órganos jurisdiccionales en caso de conflicto. Pero, como dice el autor, “*nada más lejos de la realidad*”, esas cláusulas que impiden acudir a la justicia deben ser consideradas nulas de pleno derecho desde el momento en el que son impuestas por una de las partes y no cuentan, por tanto, con la voluntad de ambas.

Una vez analizados los presupuestos del arbitraje deportivo, cuales son, la existencia misma del tribunal arbitral y la validez del convenio arbitral que lleve a la parte demandante a utilizar esta vía extrajudicial para resolver el litigio, el autor estudia la nulidad de los laudos arbitrales dictados por el CAS, en el Capítulo 3, y el reconocimiento y ejecución de los mismos, en el Capítulo 4.

En relación con lo primero, en el marco de la acción de nulidad de estos laudos, el arbitraje deportivo del CAS continúa con sus particularidades. Así, el Tribunal de Arbitraje Deportivo se considera un órgano suizo por tener allí su sede y, por esta razón, ya se considere un arbitraje interno o internacional el que se desarrolle ante él, la normativa aplicable es la suiza y el tribunal competente es el Tribunal Federal suizo. La acción de nulidad, por tanto, al igual que ocurre con el resto de laudos arbitrales comerciales -salvo los de inversión-, debe ser interpuesta ante instancias judiciales. El autor detalla de manera brillante los escasos y tasados motivos de nulidad de los laudos arbitrales, motivos recogidos en la Ley de Derecho Internacional Privado suiza.

Por último, para cerrar el estudio del arbitraje deportivo, *Yeray Romero Matute* aborda la cues-

tion relativa a la circulación de los laudos arbitrales y su validez fuera de Suiza. El autor acaba como empieza, teniendo en cuenta el contexto internacional y globalizado en el que nos encontramos y, más especialmente, en el que conviven los protagonistas del sector del deporte. En este entorno internacional que caracteriza a las relaciones deportivas que son objeto de estudio en esta monografía, es muy importante que se conozca si los laudos arbitrales que han resuelto la controversia surgida en este marco, pueden ser reconocidos y/o ejecutados en el extranjero. Para ello, no hay duda, la norma aplicable es la que también se aplica a todas las sentencias arbitrales, la Convención de Nueva York de 1958, de la que son parte actualmente 172 Estados. Norma sobre la que, no sólo por su extenso ámbito de aplicación espacial sino, también, por su fortaleza material -porque no ha sido objeto de ninguna modificación desde el año de su elaboración y por la flexibilidad de su contenido-, podemos afirmar que se trata de un texto aplicado por convicción. En el Capítulo 4, el autor examina en detalle los motivos de denegación de la solicitud de reconocimiento y ejecución de estos laudos arbitrales deportivos.

Se trata de una monografía imprescindible para los estudiosos de esta materia y, también, para aquellos otros que, por curiosidad, quieran conocer las interioridades jurídicas del entorno deportivo. La obra permite al lector entender perfectamente el origen y el funcionamiento del arbitraje deportivo y lo hace de manera fácil y sencilla, allanando un terreno que, a priori, para el profano en la materia, le puede resultar rugoso y difícil de entender. Obra altamente recomendable.

A. DI STASI/ RAFFAELE CADIN/ANNA IERMANO/VALENTINA ZAMBRANO. *Migrant women and gender-based violence in the international and European legal framework/ donne migranti e violenza di genere nel contesto giuridico internazionale ed europeo*. Napoli, Editoriale Scientifica 2023.

CLAUDIO ZANGHÌ
Profesor emérito
Sapienza Universidad de Roma

DOI: 10.20318/CDT.2024.8479

1. Reseñar un volumen de 900 páginas con 28 contribuciones ciertamente no es fácil, no sólo por el tamaño del volumen, sino también por la cantidad de textos con temas variados, aunque conectados por un único hilo común que es el de la violencia de género en contexto internacional y europeo, como se indica en el mismo título. En particular, el gran número de contribuciones, a las que conviene hacer referencia cada una de ellas, no permite hacerlo dentro de los límites de una reseña tradicional. Esto nos obliga a escribir sobre el volumen en general sin ignorar los diferentes temas tratados, y exige también no mencionar a los autores de las aportaciones ya que, por un lado, sería imposible hacerlo con todos, por otro lado, la mención de sólo unos pocos crearía una discriminación inaceptable.

(a continuación, la lista completa de autores según el orden de aparición de sus contribuciones en el volumen: A. Di Stasi, S. Angioi, R. Cadin, N. Colacino, S. De Vido, G. Giacomini, L. Manca, A. Oriolo, A. Polli, L. Prosperi, C. Scipioni, V. Tevere, S. Tonolo, D. Monego, S. Zakeri, V. Zambrano, E. Bergamini, A.R. Calabrò, R. Friedery, M Fuellerton, A. Iermano, A.G. Lana, C. Morini, G.M. Ruotolo, T. Russo, A. Sangiorgi, F. Schiaffo, G. Sciancalepore, C. Cosentino, A. Sessa, L. Tria).

El volumen tiene su origen en un proyecto sobre migraciones internacionales, soberanía estatal y derechos humanos, que se desarrolló durante algunos años en el marco del proyecto PRIN 2017, bajo la dirección de la Prof. Angela Di Stasi, y luego tuvo una continuación so-

bre violencia de género contra las mujeres inmigrantes gracias a la estrecha colaboración entre la Universidad de Salerno y la Universidad La Sapienza de Roma.

Al concluir la investigación y ampliando el espacio a otras localidades universitarias y no universitarias, se publicó el volumen en cuestión en el que participan autores de otras universidades como Foggia, Padua, Pavía, Verona, Sassari y Udine, además de Holanda, Estados Unidos, Suiza y Hungría. Completado además con escritos de abogados y magistrados. El resultado es un volumen que analiza el tema en cuestión en todas sus facetas, predominantemente jurídicas por supuesto, pero con una amplia visión global.

Como se indica en el prefacio, el volumen se divide en dos partes, la primera, que incluye esencialmente las prácticas de violencia contra las mujeres de origen tribal, religioso y cultural y la segunda, que trata principalmente sobre las consecuencias de las violaciones y la discriminación en materia de género, teniendo en cuenta la jurisprudencia relacionada con estos temas. Las fuentes normativas son las clásicas de los convenios internacionales de carácter universal (Pactos de la ONU de 1966, Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965, Convención para la eliminación de la discriminación contra la mujer de 1979, Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998, así como la Convención sobre Refugiados de 1951); tanto de carácter regional, como el específico Convenio de Estambul de 11.5.2011, en el contexto europeo, o como los textos con propósitos similares, existentes en África y América Latina.

2. Las raíces de la violencia de género se identifican, desde el comienzo del volumen, con situaciones étnico-culturales, a menudo derivadas de prácticas locales; por lo tanto, muy diferenciadas de una región a otra, incluso cuando se manifiestan en una multiplicidad de áreas geográficas en las que existe un desajuste entre las normas internacionales y regionales, así como la falta de un derecho internacional efectivo que regule la materia de manera vinculante. Esto conduce frecuentemente a la discriminación contra las mujeres, especialmente cuando se encuentran en una doble condición de vulnerabilidad como mujeres migrantes.

Se genera así una discriminación interseccional debido a la interconexión por razones de raza, clase social, sexo, etnia, orientación sexual, estatus, entre otras condiciones. A nivel europeo, esta interseccionalidad también ha sido reconocida en una Declaración del Parlamento Europeo (201/2243 (INI) de 6.7.2022, así como en el plan de acción contra el racismo para el período 2020-2025 de 3.9.2020 actualmente en vigor. Se desarrolla de este modo una violencia de género amplia y generalizada que incluye también la violencia doméstica. En este contexto, y dentro de los límites de las legislaciones nacionales, la ley española y las distintas iniciativas italianas de la ley que ratifica el Convenio de Estambul (ley 77 de 2013), hasta las regulaciones más recientes como el llamado “código rojo” entre otras más.

3. Entre los diversos aspectos de los conflictos culturales, se explora en profundidad el tema de la victimización de las mujeres migrantes y la combinación frecuentemente evocada de migración y delincuencia, con referencia específica a los inmigrantes de segunda generación. En un análisis histórico de la situación en Italia, se recuerdan las diferentes etapas de la evolución cultural y, en particular, la derogación del artículo 587 del código penal, que implicó el llamado “*delitto d'onore*”. El choque de culturas frente a la necesidad primaria de respeto a los derechos humanos impone la necesidad de un equilibrio entre opciones, a veces contrapuestas y, cuando se trata de hacer prevalecer los derechos fundamentales frente a supuestas costumbres culturales locales, la prevalencia del respecto de las normas internacionales asume la función de “contra-límites”.

Se describen cuidadosamente las diferentes formas de violencia contra las mujeres, empezando por la esterilización forzada, a menudo practicada

contra los gitanos y las minorías indígenas, que representa un crimen contra la humanidad, evocado por el art. 7 del Estatuto de Roma de la CPI y que a veces también adopta la forma de un crimen de guerra. El antiguo problema de la mutilación genital femenina es ampliamente debatido, examinado, en particular, contra las mujeres inmigrantes y, que a menudo, también se perpetra en los países de acogida. Se examina el tema, a partir de las resoluciones del comité CEDAW y de numerosas jurisprudencias europeas (TEDH), no exentas de algunas críticas, y de la propia jurisprudencia italiana.

Siempre en el mismo contexto de violencia contra las mujeres, es relevante el examen de la trata de seres humanos con fines de explotación sexual que, según estadísticas recientes, afecta esencialmente a mujeres de Nigeria, Europa del Este y Costa de Marfil. El problema ha experimentado una evolución reciente dado que se está utilizando a la web como medida adicional para la trata de mujeres. Por último, también los matrimonios forzados que, según una estadística reciente, afectan a 22 millones de mujeres en el mundo y que últimamente han causado sensación también en Italia, tras el asesinato de una niña paquistaní. El problema persiste hoy, a pesar del Convenio de Estambul, el papel del comité CEDAW y, en lo que a nuestro país respecta, la modificación del art. 558 bis, con la ley de 19 de julio de 2019, y la orientación de nuestro Tribunal de Casación (*Corte di Cassazione*) hacia la afirmación de la protección subsidiaria. Los datos reseñados anteriormente se pueden encontrar en una amplia contribución que analiza las diferentes formas de discriminación, basadas en resultados estadísticos sobre la violencia de género y que contribuye a sensibilizar a los lectores, y a los juristas en general, sobre las dimensiones concretas del fenómeno en todas sus facetas.

La trata de personas que a veces puede tener el propósito de esclavizar, como concluyó la Comisión Independiente para Libia el 3 de marzo, y como se ha argumentado ampliamente con particular interés en sentencias de nuestro poder judicial que condenaron a los acusados, entre otras cosas, por esclavitud. Un aspecto relevante en este contexto es la identificación de responsabilidades por las violaciones cometidas, particularmente en los campos de refugiados, y la necesidad de procesar a los responsables.

Otro análisis, que se sitúa en el contexto de la violencia contra las mujeres inmigrantes, es la aparición muy frecuente de un trauma emocional

significativo que la autora del artículo sugiere reconocer, como uno de los requisitos previos válidos para la concesión de asilo. Y es precisamente en este contexto donde la aportación de un magistrado experto en la materia subraya la delicadeza de las valoraciones del juez que a menudo actúa en un contexto eurocéntrico y que debería contar con el apoyo de otras especialidades y esencialmente de expertos culturales para evaluar mejor las situaciones individuales que deben afrontar.

Nuevamente en el contexto del contraste entre las normas culturales y/o religiosas del país de origen y las normas del país de acogida, surge el problema del velo islámico y sus formas extremas (burka) considerado “*powerfull external symbol*” en diversas legislaciones, de las jurisdicciones nacionales y de la normativa europea frente a las normas internas que lo prohíben, a veces completamente, a veces sólo en el lugar de trabajo. Un problema que, en la difícil relación entre derechos humanos y discriminación, ha provocado también una actitud diferente del Tribunal de Estrasburgo, cada vez más favorable a la aplicación del derecho interno, por un lado, y del Comité de la ONU, por otro, más proclives a identificarlos como actos de discriminación.

4. Un aspecto ciertamente singular, aunque muy de moda en los últimos años, es el tema de la violencia climática, que se examina en profundidad a través de un caso ante el Comité de la ONU que afectó a las islas Kiribati y Nueva Zelanda, poniendo de relieve una relación entre el cambio climático y la violencia contra la mujer. El mismo tema, como leemos en otra contribución, se refiere al traslado forzoso de poblaciones enteras, por supuestas necesidades climáticas, del que muchas veces los organismos internacionales son responsables de la citada deslocalización y del impacto que esto genera en las mujeres.

5. Frente al alcance universal del problema, el volumen no puede omitir el examen de algunas situaciones concretas en ciertos países. En este sentido, el análisis de la situación en Afganistán bajo el régimen talibán que, tras la conquista de Kabul y los acuerdos de Doha, discrimina a las mujeres de forma sistemática bajo diversos perfiles, desde los más simples relacionados con la vestimenta, hasta los de asistir escuelas, trabajar para ONG o para la ONU y critica la actitud del Consejo de Seguridad a este respecto. La violenta represión de la

revolución de las mujeres en Irán se describe ampliamente en la misma línea. Luego, el análisis se traslada al continente europeo y, en particular, a la crisis ruso-ucraniana, destacando los riesgos asociados para las mujeres inmigrantes y el comportamiento de las fuerzas armadas rusas en la invasión de Ucrania. Un último análisis del continente se refiere a Alemania, en cuyo contexto se analizan diversas formas de discriminación y, en particular, la violencia contra las mujeres que, a pesar de tener orígenes socioculturales muy diferentes, se manifiesta, como ya se ha dicho, también en los países de acogida y en Alemania, en este caso.

Una mayor atención al continente europeo se centra en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, cuyo análisis crítico es llevado a cabo en tres casos contra Italia por un abogado que conoce bien la situación y que, ante repetidas quejas desatendidas, evoca correctamente la obligación del Estado de proteger. Otro análisis, nuevamente respecto de nuestro país, se realiza en relación con las mujeres migrantes y las numerosas discriminaciones que sufren, analizando bajo las diferentes formas de violencia de género y la propia jurisprudencia de la Corte al respecto, subrayando la vulnerabilidad de las víctimas que requiere protección especial y esperando un enfoque de protección más eficaz.

El panorama referente a Europa, y en particular a la Unión Europea, se completa con una contribución que ilustra al menos un aspecto positivo, a saber, el proyecto de directiva de la Unión Europea sobre violencia doméstica (Directiva 8.3.2022, la anterior Decisión del Consejo 2017/865 y dictamen del Tribunal de Justicia 1/2019).

6. Sólo aparentemente, junto con el asunto descrito anteriormente, cuando en realidad constituye una finalización necesaria, se presenta una contribución sobre el registro de nacimiento y la emisión de documentos individuales, que son fundamentales para diversos aspectos de la protección de los migrantes, recordando también la reciente resolución del Consejo de Derechos Humanos de la ONU de 3.4.2023 que insta a los Estados a registrar los nuevos datos sin discriminación alguna al nacer y subraya cómo la falta de registro no permite conocer los nuevos datos y facilita la desaparición de personas, promoviendo otras formas de delitos, especialmente contra los niños. Considerando que la resolución del Consejo antes citada evoca la inscripción de todas

las personas sin discriminación alguna al nacer, el lector italiano no puede escapar al problema, típicamente nacional, de la controvertida inscripción de los hijos de las parejas llamadas “*arco-baleno*”, que también podría implicar la intervención de nuestro Tribunal Constitucional.

En resumen, el volumen reseñado, por el importante número de páginas y la amplitud de los temas tratados, se presenta casi como una muy útil “enciclopedia” sobre la violencia de género, especialmente contra las mujeres migrantes, frente a la protección internacional de los derechos humanos.

Normas de publicación

Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)

1. Contenido y periodicidad

En *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, se publican trabajos de investigación sobre Derecho internacional privado, Derecho uniforme y Derecho privado comparado. Es una revista de publicación semestral (marzo y octubre).

2. Originalidad e idioma

Los trabajos han de ser inéditos y pueden estar escritos en cualquiera de los principales idiomas europeos.

3. Envío de originales

Los originales deben remitirse por correo electrónico a la Secretaría de Redacción (isabel.anton@uc3m.es) hasta el 15 de diciembre para el número de marzo y hasta el 15 de junio para el número de octubre.

4. Publicación y secciones

La publicación de los trabajos será decidida por los Directores de la Revista, con la participación del Consejo de Redacción y siendo asesorados por el Comité Científico, con base en una evaluación externa, independiente y anónima. El trabajo podrá ser “aceptado”, “aceptado con modificaciones” o “rechazado”. Dependiendo de la naturaleza del trabajo, éste será incluido en la sección “Estudios” o en la sección “Varia”.

5. Aspectos formales

En la primera página de los originales ha de constar el título, nombre del autor y filiación académica. A continuación deberá incluirse un resumen en el idioma en que esté redactado el trabajo (máximo 120 palabras) y palabras clave en el idioma en que esté redactado el trabajo (de 3 a 5), así como dicho resumen y palabras clave en inglés. Tras los resúmenes y palabras clave en los dos idiomas, se incluirá un sumario del trabajo.

El texto principal del trabajo deberá estar escrito en Times New Roman, tamaño 12 para el texto principal, y tamaño 10 para las notas a pie de página y para el sumario. El texto principal ha de estructurarse en párrafos numerados consecutivamente.

El Consejo de Redacción dará prioridad a los trabajos que no excedan de 25.000 palabras. Sólo muy excepcionalmente se publicarán trabajos cuya extensión supere las 35.000 palabras.

La numeración de los epígrafes seguirá el siguiente esquema numerado:

- I. _____
 - 1. _____
 - A) _____
 - a) _____

Los párrafos irán numerados en números arábigos.

6. Normas para las citas

a) Bibliografía

- A. L. CALVO CARAVACA, “El DIPr. de la Comunidad Europea”, *International Law. Revista colombiana de Derecho internacional*, nº 2, diciembre 2003, pp. 277-300.
- F. POCAR, “Osservazioni a margine della proposta di Regolamento sulla giurisdizione e la legge applicabile al divorzio”, en S. BARIATTI (Coord.), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A., 2007, pp. 267-278.
- S. RÜBERG, *Auf dem Weg zu einem europäischen Scheidungskollisionsrecht*, Frankfurt am Main, Lang, 2006.

b) Jurisprudencia

- STJCE 20 febrero 1979, *Cassis de Dijon*, 120/78, ECLI:EU:C:1979:42.
- STS 22 marzo 2001 (*RJ* 2001/4756).

c) Legislación

- Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), *DOUE* L 177 de 4 julio 2008, p. 6.
- Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, *BOE* de 29 diciembre 2007.

7. Responsabilidad de los autores

El contenido de los trabajos publicados en la Revista es responsabilidad exclusiva de los autores de los mismos.

8. Copyright

Se permite que los autores de los trabajos de investigación publicados en la Revista los reproduzcan en otros sitios siempre que se haga mención de que han sido previamente publicados en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (CDT).